

IVONE F. MORCILO LIXA

**A POSSIBILIDADE DE REVISÃO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA
TRADICIONAL A PARTIR DE ELEMENTOS DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA
DE HANS-GEORG GADAMER**

FLORIANÓPOLIS

2000

IVONE F. MORCILO LIXA

**A POSSIBILIDADE DE REVISÃO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA
TRADICIONAL A PARTIR DE ELEMENTOS DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA
DE HANS-GEORG GADAMER**

Dissertação apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Mestre. Curso de Pós-
Graduação em Direito. Centro de Ciências
Jurídicas. Universidade Federal de Santa
Catarina.

Orientador: Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer.

Florianópolis


agosto 2000

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A dissertação “**A Possibilidade de Revisão da Hermenêutica Jurídica Tradicional a partir de Elementos da Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer**”, defendida por **Ivone Fernandes Morcilo Lixa**, submetida a julgamento no dia nove de outubro do ano de dois mil, foi aprovada com Distinção e Louvor, com média global 9,84 (nove vírgula oitenta e quatro), correspondendo ao conceito “A”, pela banca examinadora e julgada adequada para a obtenção do Título de **Mestre em Direito**, na Área de Concentração de Filosofia e Teoria do Direito.

Florianópolis, Dezembro de 2.000.

Banca Examinadora:



Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer – Presidente

Prof. Dr. Selvino José Assmann – Membro


Prof. Msc. Miguel M. Alves Lima – Membro


Orientador: Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer

Coordenador: Prof. Dr. Ubaldo Cesar Balthazar



SUMÁRIO

RESUMO.....	iii
RESUMEN	iv
INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I: A MODERNA HERMENÊUTICA: UM SENTIDO REINVENTADO.....	06
1.1. A Modernidade Reinventa a Hermenêutica	06
1.2. O Projeto da Hermenêutica Universal Moderna	18
1.3. A Hermenêutica Crítica Dialética de Hans-Georg Gadamer	53
CAPÍTULO II: A FORMAÇÃO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA MODERNA.....	84
2.1. A Experiência Histórica da Hermenêutica Jurídica Moderna.....	84
2.2. O Horizonte Hermenêutico da Modernidade	101
2.3. A Hermenêutica Jurídica Moderna como Construção Idealista.....	126
CAPÍTULO III: A HERMENÊUTICA JURÍDICA A PARTIR DAS BASES FILOSÓFICAS DE GADAMER.....	150
3.1. A Hermenêutica Jurídica como Compreensão Histórica do Direito.....	150
3.2. A Linguagem como “Fio Condutor” da Experiência do Direito	174
3.3. A Hermenêutica Jurídica como Compreensão Crítica do Direito	184
CONSIDERAÇÕES FINAIS	198
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	202

RESUMO

O presente trabalho pretende refletir acerca da hermenêutica jurídica a partir de elementos da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. Analisando a formação do pensamento hermenêutico jurídico consolidado em fins do século XVIII, em sua inter-relação com o processo de cientificação do Direito na Modernidade, verifica-se a predominância de uma concepção de hermenêutica como ramo específico do saber jurídico, enquanto Teoria Geral de Interpretação e Aplicação do Direito, orientada por pressupostos metodológicos de matriz formal-positivista.

Com a revisão do pensamento jurídico na segunda metade do século XX, a partir das chamadas correntes críticas, são desmistificadas as concepções jurídicas até então dominantes, emergindo novos referenciais teóricos do Direito que passam a exigir o estabelecimento de novos parâmetros para a questão da compreensão do Direito. Simultaneamente, no campo filosófico consolida-se uma vertente crítica do pensamento hermenêutico, representada por Hans-Georg Gadamer, que retoma um diálogo com as origens das ciências do espírito, até então dominadas pelo primado do método sobre a verdade.

Com tal redimensionamento epistemológico às antigas e dominantes concepções hermenêuticas, vislumbra-se a possibilidade de conceber a hermenêutica jurídica como categoria cognitiva do Direito, de caráter transmetodológico, permitindo refletir acerca dos significados normativos sob uma ótica que se afasta das práticas de caráter idealista e formal.

RESUMEN

El presente trabajo pretende reflejar acerca de la hermenéutica jurídica desde los elementos de la hermenéutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. Analizando la formación del pensamiento hermenéutico jurídico consolidado en el fin del siglo XVIII, en su interrelación con el proceso de cientifização del Derecho en la Modernidad, se observa la predominancia de una concepción de la hermenéutica como rama específica del conocimiento jurídico, mientras la Teoría General de Interpretación y Aplicación del Derecho, guiada por nuevos presupuestos metodológicos de matriz formal positivista.

Con el repaso del pensamiento jurídico en la segunda mitad del siglo XX, a partir de las conocidas corrientes críticas, son desmistificadas las concepciones jurídicas hasta entonces dominantes, resultando nuevas referencias teóricas del Derecho que pasó a exigir parámetros para la cuestión de comprensión del mismo. Simultáneamente, en el campo filosófico se fortalece una vertiente crítica del pensamiento hermenéutico, representada por Hans-Georg Gadamer, que retoma un diálogo con los orígenes de las ciencias del espíritu, hasta entonces, dominados por el primado del método acerca de la verdad.

Con tal cambio de dirección epistemológico, las antiguas y dominantes concepciones hermenéuticas, se vislumbra la posibilidad de concebir la hermenéutica jurídica como categoría cognitiva del Derecho, del carácter transmetodológico, permitiendo pensar acerca de los significados normativos sob una ótica que se aleja de las prácticas de carácter idealista y formal.

INTRODUÇÃO

No contexto do racionalismo moderno ocidental, instaurado com o advento da ordem capitalista, o homem, no dizer de Weber¹, deixando de crer no profético e no sagrado, despoja o mundo de encantamento. A possibilidade da universalização de previsão, do cálculo e do controle organizativo instrumental transvestido de cientificidade, faz com que o sentido do mundo circundante seja fundado num saber objetivo e divorciado da magia. É neste cenário que nasce o sentido moderno de hermenêutica.

Se na antigüidade grega a hermenêutica consistia numa “arte de adivinhação” própria dos profetas que auxiliava o insano a interpretar a experiência determinada pelos deuses, transmutando o mítico para o humano, a modernidade reinventa seu significado. Tomando-a como uma doutrina capaz de estabelecer corretas regras de interpretação, dirimindo qualquer controvérsias na compreensão dos textos, a hermenêutica, a partir do século XVII, vai se caracterizar como disciplina técnica-normativa auxiliar dos diferentes campos do conhecimento preocupados com o estabelecimento de uma “correta” interpretação de textos. Paulatinamente vão se definindo campos hermenêuticos específicos (o teológico, o filológico e o jurídico), que absorvem e redimensionam, segundo a natureza de cada um, os avanços do que vai sendo uma “ciência” em construção.

Como parte integrante do mesmo cenário, o Direito necessita, a partir de então, racionalizar e explicar não apenas sua fonte criadora (o Estado Moderno), mas também sua interpretação e aplicação. Surge assim, a hermenêutica jurídica como uma das dogmáticas do que passa a ser a “ciência” do Direito, criada como um paradigma que centraliza sua discussão destacadamente no plano técnico-normativo, assumindo-se como Teoria Geral de Interpretação e Aplicação do Direito, e portanto, como pressuposto necessário ao estabelecimento do sentido adequado da ordem normativa.

¹ WEBER, Max. **Ciência e Política** – Duas Vocações. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octany S. da Mota. São Paulo: Cutrix, s/d, p. 30.

A concepção iluminista que compreende o Direito enquanto manifestação social concretizada através de um sistema de organização normativa como manifestação de poder do Estado, com características de imperatividade, universalidade, coercitividade e racionalidade, permite o desenvolvimento dos traços teóricos-dogmáticos básicos do Positivismo Jurídico, tem como uma de suas interfaces a Teoria de Interpretação e Aplicação do Direito. Assim, a hermenêutica jurídica é caracterizada como uma atividade de base declarativa, que compromete o intérprete com os ideais exegéticos da precisão, univocidade semântica das palavras da lei e a busca incondicional de uma “intenção” ou “vontade” imanente de um texto legal.

Sob essa orientação metodológica, a realização social do Direito restou compreendido como produto de uma operação mental analítica, centrada na abordagem formal de estruturas do Direito positivo, limitado às categorias da dogmática jurídica. O operador jurídico, nesta ótica, sob o álibi da neutralidade ideológico-político, opera as normas jurídicas, desconsiderando os aspectos históricos-situacionais-condicionadores, considerados “estranhos” ao sistema de uma “ciência” purificadora do Direito.

As práticas hermenêuticas hegemônicas no campo operacional do Direito encontram na concepção idealista-objetivista herdada de Dilthey, sobretudo devido a influência bettiana, seu referencial epistemológico. O pressuposto é a crença de que a interpretação é a reprodução de um sentido passado e ausente, já que admitindo a dualidade entre sujeito e objeto, a compreensão é um “transportar-se” para o “outro”, tão somente acrescentando “algo mais” (um sentido “atualizador”) a “vontade” de um “espírito” que o precedeu, mas que pode ser compreendido em sua autônoma e independente existencialidade.

Para além do campo jurídico, a hermenêutica caminha a passos largos. Desde Dilthey, para a geração filosófica que o sucedeu, “hermenêutica” passou a ser o “termo da moda”. A hermenêutica concebida por Dilthey como a base metodológica das “ciências do espírito” (*Geisteswissenschaften*), vai se abrindo para a facticidade histórica da vida. O jovem Heidegger e, certamente, o jovem Gadamer, “[...] encontram de imediato, em Dilthey, um

fiador para a sua busca por uma redefinição mais existencial ou hermenêutica da filosofia”.²

Heidegger utilizando a expressão “hermenêutica da facticidade” empreende profundas alterações nas concepções filosóficas até então dominantes. Embora não publicando suas concepções hermenêuticas, elas parecem ser o ponto de partida de *Ser e Tempo*. Embora, há que se reconhecer ser muito difícil, mesmo para os assíduos leitores de Heidegger, uma correta compreensão da hermenêutica como o “sentido primário de uma analítica da existencialidade da existência”, como brevemente a define em sua obra. Coube a Gadamer o mérito, sob o ponto de vista histórico, de associar as concepções da “virada” ontológica de Heidegger à hermenêutica da facticidade histórica. Gadamer, em *Verdade e Método*, partindo da concepção histórica do ser, demonstra as consequências da historicidade para a consciência e, sobretudo, para as “ciências do espírito” que as expressam. Este passa a ser um marco para o pensamento hermenêutico contemporâneo, pois com Gadamer surge a hermenêutica filosófica.

Ao retomar o diálogo com as “ciências do espírito”, Gadamer questiona a trajetória das “ciências da compreensão”. Não busca estabelecer uma “nova metodologia”, mas demonstrar a insustentabilidade da crença de que a função dessas ciências é a busca de métodos, que de maneira exclusiva, possam garantir a validade de uma verdade universal.

A partir das incursões de Gadamer, a questão hermenêutica cinde-se em dupla possibilidade reflexiva: a dos métodos da compreensão e a discussão acerca do fenômeno da compreensão. Esta última é o campo da hermenêutica filosófica.

As reflexões que seguem neste trabalho pretendem discutir a possibilidade de revisão dos pressupostos da tradicional hermenêutica jurídica a partir de elementos da hermenêutica filosófica de Gadamer.

Na atualidade passou a ser voz corrente no pensamento jurídico, que o modelo de hermenêutica adotado hegemonicamente pelo Direito, como discurso legitimador

² GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999, p. 31.

das práticas jurídicas construídas historicamente, apresenta “sintomas de um esgotamento”. Este “mal estar” é sentido quando o Direito parece não conseguir mais ser um “eficiente instrumental técnico-científico” frente às demandas sociais, aprofundando suas contradições e evidenciando a urgente necessidade de um redimensionamento que alie um novo referencial teórico à uma nova prática, como forma de recuperar dignidade ética, política e social.

Em vista disto, a hermenêutica crítica dialética gadameriana é uma das vias possíveis de refletir acerca do fenômeno compreensivo do Direito para se abrir um diálogo questionador com a tradição do pensamento jurídico. Gadamer oferece elementos para demonstrar a importância da crítica à consciência histórica na compreensão do Direito, como também permite a desmistificação de objetividade em qualquer processo compreensivo que, no âmbito jurídico possui um caráter operativo, bem como, a impossibilidade de dicotomia entre sujeito-objeto e, conseqüentemente, de interpretação e aplicação do Direito. Tais contribuições permitem ao jurista lançar um novo olhar sobre si mesmo e sua ação, pois Gadamer desafia o sujeito a posicionar-se frente a seu mundo e a problematizar permanentemente sua prática.

No primeiro capítulo, é feito um breve estudo do pensamento hermenêutico moderno que conduz a compreensão das bases do pensamento hermenêutico gadameriano, permitindo-se identificar elementos teóricos que foram incorporados pela hermenêutica jurídica tradicional. O caminho trilhado pela ciência moderna fez com que anônimas vozes da tradição, “latinizassem” conceitos gregos dentro de uma ótica instrumentadora do conhecimento, estranhamente, fazendo com que fosse perdido o compromisso com os conceitos que passaram a fundamentar e torná-los válidos. É repensando esta trajetória, que se vai vislumbrando uma nova consciência hermenêutica no âmbito jurídico.

No segundo capítulo, é tomado um diálogo com a formação histórica do pensamento jurídico moderno, objetivando situar a hermenêutica jurídica no contexto da tradição do Direito. O papel da hermenêutica jurídica como legitimadora do Direito Estatal é consolidado, sobretudo pela escolha da via técnica-normativa que permite sustentar a crença da neutralidade e objetividade do jurista. Sem dúvida, isto foi decisivo para a manutenção e

reprodução da ordem jurídica idealizada pelo projeto liberal-burguês que fez do Direito um instrumento de dominação. No âmbito do presente trabalho, não foram problematizadas as diversas opções metodológicas que assumiram o rótulo de “hermenêutica jurídica”, sobretudo porque o objetivo foi o de compreender como a hermenêutica assumiu o caráter técnico-normativo de compreensão do Direito na ótica do Positivismo Jurídico.

O terceiro capítulo, é um momento de questionamento à hermenêutica jurídica tradicional a partir de elementos da hermenêutica filosófica. A incorporação da consciência histórica pela hermenêutica jurídica, pelo “fio condutor da linguagem”, é uma das vias de acesso possíveis para uma crítica, no sentido gadameriano, ao Direito, como ato de interrogação de quem tem a pretensão de “conhecer” para “poder agir”. Com isto, é feita a tentativa de reconhecer que o jurista ao compreender conceitos, com vistas a realização de uma ação prática, cria compromissos com o mundo que pertence, não podendo mais tomar-se como ingênuo, isto porque, a hermenêutica é a dimensão de revelação do ser e é esta, a natureza de sua existência.

O estudo desenvolvido a seguir são momentos de uma experiência reflexiva, em que, continuamente se busca estabelecer um diálogo com a tradição jurídica hermenêutica a partir das provocações da hermenêutica filosófica. Um confronto típico da experiência compreensiva, como forma de busca e de afirmação do novo. Entretanto, como afirma Gadamer, para algo ser inovador é necessário que triunfe sobre a tradição. A tradição jurídica, encurralada pelo amargor do desencanto com a certeza e a previsibilidade, parece que tenta criar o novo a partir da crítica, como forma de transmutar a angústia em ação criativa e inovadora.

Lembra Gadamer: “*Numa civilização em que a consciência coletiva é comandada pelo progresso da ciência, o aperfeiçoamento da tecnologia, a crença na riqueza e no ideal de lucro – e talvez também marcada pelos presságios de que esse sonho chega ao fim -, a novidade e a inovação encontram-se precisamente em uma situação crítica, pois o antigo já não oferece mais verdadeiras resistências nem encontra defensor*”.³

³ GADAMER, Hans-Georg. **O Problema da Consciência Histórica**. Tradução de Paulo Cesar Duque Estrada. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 15.

CAPÍTULO I:

A MODERNA HERMENÊUTICA: UM SENTIDO REINVENTADO

1.1. A Modernidade Reinventa a Hermenêutica

Modernamente a hermenêutica é definida como “*teoria ou filosofia da interpretação do sentido*”⁴, ou ainda de maneira mais estrita, como “*teoria das operações da compreensão em sua relação com a interpretação dos textos*”⁵. Tal conceito, resultado de um processo de construção que tem início mais especificamente, a partir do século XVII, quando a palavra “hermenêutica” é usada com pretensão doutrinária de natureza técnica-normativa, prometendo de estabelecer regras ou métodos competentes para dirimir controvérsias no campo interpretativo.

Inicialmente a preocupação hermenêutica vai se centralizar no campo técnico-explicativo, tendo como objetivo estabelecer um conjunto de artifícios que pudessem esclarecer ou determinar corretamente o sentido de um texto, adquirindo, assim, um caráter auxiliar para diferentes campos do conhecimento humano, tais como a teologia, a filologia e o direito, nos quais se impunha como tarefa a interpretação. Ampliando este horizonte, paulatinamente o problema hermenêutico passa a gravitar em torno de uma questão mais ampla: o processo de compreensão e interpretação, abandonando assim, o caráter subsidiário para adquirir a dignidade de um campo específico do conhecimento humano.

⁴ BLEICHER, Josef. **Hermenêutica Contemporânea**. Tradução de Maria Georgina Segurado. Rio de Janeiro: Edições 70, 1992, p. 13.

⁵ RICOEUR, Paul. **Interpretação e Ideologia**. 2ª ed., Tradução de Hilton Jupiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1983, p. 17.

O movimento da Reforma, apregoando o princípio de que a Bíblia deve ser compreendida por si mesma – *sui ipsius interpres* (intérprete em si mesma) – cria enfrentamento com a Igreja Católica, que reage declarando, com base no princípio de autoridade, de que apenas a ela cabe o julgamento acerca do verdadeiro sentido da Sagrada Escritura⁶. Diante disto, a questão hermenêutica torna-se um ponto crucial para o círculo protestante, interessado em estabelecer novas e independentes regras para a exegese bíblica dentro dos limites da razão, e assim, o termo “hermenêutica” passa a ser usado por esta nova via teológica, para designar métodos, regras ou mesmo teorias, de princípios interpretativos. Como exemplo disso, a *Hermeneutica sacra sive methodus exponendarum sacrarum litterarum* (Exegese Sacra ou Método de Exposição dos Escritos Sagrados) de J. C. Danhauer publicada em 1654⁷, ao tomar o termo “hermenêutica” como título, evidencia a preocupação que tomou conta dos estudiosos bíblicos com um campo até então inédito: extrair um sentido adequado dos textos a partir de regras ou métodos corretos de interpretação. Desde então, se alastra e se alarga o uso da palavra hermenêutica com intenção de natureza normativa ou técnica para “revelar um sentido oculto”, existente num texto, delineando-se diferentes campos hermenêuticos: sacro, profano e jurídico.

A hermenêutica em sentido lato, como conjunto racional de corretos e verdadeiros princípios interpretativos capazes de “revelar o sentido oculto” de um texto, tal como fora idealizada pelos exegetas bíblicos a partir do século XVII, passou a ser o significado mais difundido e adotado. No âmbito específico do pensamento jurídico moderno, concebida a lei escrita como receptáculo de um direito universal, racional e sistematizado, será incorporada a tendência geral de uma hermenêutica que confia num “sistema de interpretação” capaz de servir de instrumental seguro para o intérprete determinar o significado “oculto de um texto” e extrair da letra da lei uma “vontade” imanente.

A crença na possibilidade em estabelecer doutrinas universais de interpretação capazes de determinar “a verdade” de um escrito vem mediada pelo espírito do

⁶ Refere-se aqui ao “problema hermenêutico” colocado pela Contra-Reforma no Concílio de Trento (1546). A respeito do tema verificar em CORETH, Emerich. **Questões Fundamentais de Hermenêutica**. São Paulo: EDUSP, 1973, p.7.

⁷ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, s/d, p. 44.

racionalismo, que, no ambiente filosófico do século XVII encontra no idealismo cartesiano o fundamento para a idéia de existência de um “saber certo”. Descartes (1596-1650) convencido de que o pensamento, a partir da dúvida metódica, fornece ao espírito um conjunto de regras que devem ser obedecidas para se estabelecer um conhecimento verdadeiro e puramente intelectual propõe, para as disciplinas marcadas pela imprecisão e incerteza (filosóficas, políticas, éticas, jurídicas, etc...), um sólido método tal qual o usado pela matemática, cuja primeira regra, completada pelas demais, é a da evidência racional: nada admitir como verdadeiro que não seja evidente para o espírito. Neste pensamento a chave-mestra da compreensão é a auto-interrogação, independente da realidade circundante, como maneira de superar as opiniões ilusórias e contrárias que escravizam o pensamento e capazes de desvelar a verdade.

Entretanto, se o século XVII é um marco para a hermenêutica moderna, em razão do nascimento de uma reflexão racionalista com o problema interpretativo, igualmente o é o século XIX com o impacto causado pela revolução kantiana que, “[...]arranjou para a subjetividade uma nova e constitutiva função no processo de conhecimento[...]”⁸. Depois de Kant, chega-se ao Romantismo em que há novo rompimento paradigmático para além do inicial estabelecimento de cânones interpretativos matizados, desafiando a teoria hermenêutica frente ao problema da subjetividade e ao desenvolvimento das ciências naturais.

Influenciado por tal ambiente, o pensamento moderno é orientado na busca da segurança e certeza de conhecimento, fundado na crença de uma ordem racional, que permita o estabelecimento de corretas regras científicas capazes de eliminar as arbitrariedades no âmbito específico da interpretação. Este é um dos fatores decisivos que vai permitir progressivamente o surgimento da hermenêutica como reflexão própria da modernidade.

Para autores como Wilhem Dilthey (1833-1911), tais condições teóricas abrem a perspectiva da hermenêutica como metodologia das ciências do espírito. A verdadeira obsessão filosófica que se seguiu a este novo momento com a metodologia e a teoria do conhecimento foi o ponto de partida para um redimensionamento da questão

⁸ GRONDIN, Jean. op. cit., 1999, p. 51.

hermenêutica, culminando na hermenêutica ontológica de Heidegger e filosófica de Gadamer e Habermas, onde “[...] O «tornar compreensível», que desde o início tirava o fôlego do esforço hermenêutico, já não era mais um epifenômeno, situado à margem das ciências vinculadas a textos, porém o existencial básico para um ente subordinado ao tempo, ao qual, neste seu ser, interessa este próprio ser”⁹.

Sob tal perspectiva, portanto, parece duvidosa a possibilidade de existência de uma hermenêutica num momento histórico anterior à modernidade. Apesar disso, chama a atenção Grondin de que “[...] existiram eras axiais da hermenêutica, por assim dizer, épocas de iluminação (*Schaltepothen*), nas quais o problema da interpretação se tornava um tanto mais candente”¹⁰, isto porque, as questões interpretativas historicamente ganham relevância em momentos de rupturas, a exemplo do lugar privilegiado ocupado pela interpretação no movimento da Reforma.

Sem pretender mergulhar no imenso oceano da construção histórica do pensamento hermenêutico, aqui considerado em seus diferentes significados pelos diversos campos do conhecimento, mas apenas com o objetivo de compreender as bases sobre as quais foi construído o conceito de hermenêutica, um ponto de partida é o referencial etimológico. É por demais conhecido que a palavra “hermenêutica” possui origem no vocabulário grego, do verbo *hermeneuein*, geralmente traduzido por “interpretar”, e do substantivo *hermeneia* (interpretação), cabendo, porém, diferenciá-la do significado grego antigo, a fim de evidenciar seu redimensionamento pelas rupturas provocadas com o advento da modernidade, que a transformaram em um novo paradigma.

Apesar de modernamente o termo hermenêutica ser usado como algo relacionado à compreensibilidade do sentido, em sua origem etimológica é uma tradução “latinizada” da palavra *hermèneutiké*, usada pelos gregos, traduzida geralmente como expressar e interpretar. Segundo Grondin “Ela aparece, por primeira vez, no corpus platônico (*Polítikos* 260 d 11, *Epínomis* 975 c 6, *Definitiones* 414 d 4)”¹¹ com um significado de

⁹ GRONDIN, Jean. op. cit., 1999, p. 51.

¹⁰ GRONDIN, Jean. op. cit., 1999, p. 49-50.

¹¹ GRONDIN, Jean. op. cit., 1999, p. 53.

natureza sacral ou religiosa ao lado da *mantiké* (quiromancia), forma ou arte de adivinhação, que, embora ambas usadas como espécies de saber, não são capazes de conduzir à *sophia*, isto porque, “[...]o *hermeneuta* só consegue entender o que foi dito (*tó legómenon*), sem saber, todavia, se isso é também verdadeiro [...]. Ele capta um sentido, um dito, sem poder descobrir sua verdade...”¹². A *mantiké* não pode levar à verdade porque trata-se de uma insânia, que, ao atingir alguém, afasta a necessária ponderação ou prudência capaz de evidenciar a verdade: “[...]o *insano* está tão fora de si, que já não consegue interpretar racionalmente a própria experiência.”¹³ Apenas o profeta é capaz de verificar (revelar) a verdade para o envolvido na loucura, pois, inspirado pela divindade, pode mediar os dois níveis: a insanidade e a razão. Embora *hermèneutiké* não seja mencionada neste contexto, por ter um sentido próximo a *mantiké*, a ela também pode-se atribuir uma situação vinculada com a adivinhação profética, razão pela qual normalmente é relacionada com a figura de Hermes, deus-mensageiro grego com a função de transmutação¹⁴ daquilo que é inacessível à capacidade humana em algo compreensível.

A própria filosofia, como “interpretação”, é associada por Heidegger a

¹² GRONDIN, Jean. op. cit., 1999, p. 53.

¹³ GRONDIN, Jean. op. cit., 1999, p. 54.

¹⁴ Segundo BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia Grega**. vol. II, Petrópolis: Vozes, 4ª ed., 1991, capítulo VII, Hermes na mitologia grega é uma divindade com múltiplas funções e atributos. Filho de Zeus e Maia, a mais jovem das Plêiades, nascido em um dia quatro (seu número sagrado), em uma caverna do monte Cilene, desde seu nascimento revelou-se precoce roubando o rebanho de Admeto, guardado por Apolo, tornando-se o símbolo da astúcia. Os gregos atribuíram a Hermes diversas funções, que como se observa na *Odisséia*, VII, 335 – “Hermes, tua mais agradável tarefa é ser / o companheiro do homem; ouves a quem estimas”, recebe o atributo de mensageiro e em *Metamorfoses* (2, 720, 818), para Olívio é o sábio, o próprio *logos*, entendido como “o que sabe”, por isso, é aquele que transmite toda ciência secreta. No mundo greco-latino Hermes é transformado em *Hermes Trimegisto*, associado a Mercúrio, cujo poder entrou séculos adentro com os gnósticos, que no amálgama grego-egípcio-judaico-cristão o invocam na Alquimia para transmitir as fórmulas mágicas. Com tal prática, buscava-se através dos contrários, a energia vital: a *pedra*. “Já que os metais procedem dessa união, com graus diferentes de maturação, é necessário recriar a matéria-prima, a fim de fazê-la amadurecer até se obter a *occultus lapis*, a pedra oculta. A *matéria* irá passar por uma *experiência dramática*, análoga às “paixões” de determinados deuses dos Mistérios Greco-Orientais: *sofrimento, morte e ressurreição*.” (p. 201). Este “deus alquímico” de poderes adivinhatórios, recebeu um templo em Acaia, onde “respondia” às consultas feitas quando após o consulente falar no ouvido da estátua no fundo do templo seu desejo secreto, rapidamente tapava as orelhas com as mãos e caminhava até o átrio do templo, quando em um gesto rápido tirava as mãos dos ouvidos, acreditando que as primeiras palavras que ouvia eram as respostas do oráculo, a decisão de Hermes (a “voz do povo a voz de um deus”). Apesar de tantas tarefas atribuídas a Hermes, a maior de todas era de ser o intérprete da vontade dos deuses por ser mestre da palavra (transmissor da palavra divina – por isso tomado como o maior de todos os magos) e da inteligência, por ter, segundo os gregos descoberto a linguagem e a escrita, sendo este o sentido tomado pela palavra “hermenêutica”: a descoberta e revelação de uma mensagem, tornando-a compreensível.

figura de Hermes:

“Martin Heidegger, que vê a própria filosofia, enquanto “interpretação”, relaciona explicitamente a filosofia-como-hermenêutica com Hermes. Hermes “traz a mensagem do destino; hermeneuein é esse descobrir de qualquer coisa que traz uma mensagem, na medida em que o que se mostra pode tornar-se mensagem[....]Assim, levada até à raiz grega mais antiga, a origem das actuais palavras “hermenêutica” e “hermenêutico” sugere o processo de “tornar compreensível”, especialmente enquanto tal processo envolve a linguagem, visto ser a linguagem o meio por excelência neste processo.”¹⁵

No entendimento de Palmer¹⁶, a “tarefa de Hermes” de tornar compreensível uma mensagem é o sentido tomado pela hermenêutica em seu uso antigo, que pode ser compreendido em três dimensões (usando a forma verbal *hermeneuein*, que em nossa língua pode ser traduzido como interpretar): “dizer”, “explicar” e “traduzir”.

Uma primeira concepção de *hermeneuein* como “dizer”, relaciona-se com a função de Hermes como sacerdote de Delfos de “anunciar a Palavra” sem explicar, personificando a figura de “mensageiro dos deuses”. Neste sentido, associa-se “interpretação” com uma forma quase mágica de manifestação da palavra oral, a que nos primórdios da literatura grega é conferido maior destaque, já que a palavra escrita é considerada de pouca expressão. Platão, na *Sétima Carta*, e em *Fedro*¹⁷ (o mito da invenção da escrita), ao narrar suas viagens à Sicília e Siracusa e seu fracasso no campo político com Dion e Dionísio II, discute se é conveniente ou não escrever, afirmando que sabe ser melhor expor suas idéias tanto oralmente como por escrito, reconhecendo, porém, como filósofo, que o pensamento sofreria com uma redação defeituosa, já que há necessidade de uma perfeita redação para se expressar corretamente um pensamento, o que parece não acreditar ser possível, pois que se há necessidade de se buscar o sentido de um conhecimento escrito, significa que seu autor não levou muito a sério seu trabalho, ou perdeu o juízo.

¹⁵ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 24.

¹⁶ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 24-25.

¹⁷ PLATÃO. *Diálogos*. Rio de Janeiro: Ed. Globo, 1945.

No *Fedro*, Platão resume suas concepções fundamentais de filosofia: apesar de entender a retórica como a arte de governar as almas através das palavras, reconhece sua importância para a formação do escritor, embora entendendo que o filósofo, além da retórica, necessita da escrita para, de maneira paradoxal, demonstrar a superioridade do discurso falado sobre o escrito,¹⁸ sendo ainda ao longo da obra, encontrados trechos em que afirma a necessidade de “ler várias vezes”, de decorar e declamar o escrito. Diálogo entre Sócrates e Lísias, Sócrates admira o discurso por ser a expressão da alma humana. De tal leitura, pode-se entender que para Platão, a linguagem falada é superior à escrita enquanto um veículo, um instrumento, do conhecimento e da verdade.

Ainda com referência ao mundo grego, a interpretação enquanto um “dizer”, “revelar” – o Hermes intermediário entre os deuses e os homens - há que se destacar a figura de Homero, um verdadeiro intérprete neste sentido mais antigo da palavra, “[...]pelo facto de que antes dele as palavras não tinham ainda sido ditas[...]. Dizia-se que o próprio Homero fora inspirado pelos deuses: no seu “dizer”, era um intérprete deles.”¹⁹

Segundo Palmer, o cristianismo resgata o uso primitivo de “interpretação”, no sentido de “revelar a Palavra”, conferindo à palavra oral um grande poder,

¹⁸ Para compreender-se melhor a concepção da escrita em Platão, é necessário destacar alguns pontos sobre o mito, da origem da escrita. Analisando esta questão PAVIANI, Jayme. na obra *Escrita e Linguagem em Platão*. Porto Alegre: Edipucrs, 1993, p. 55, afirma: “ *O próprio ensino na Academia de Platão é essencialmente oral. Portanto, oralmente, e fazendo referência aos homens antigos, à tradição, isto é, aos sábios que conheciam a verdade, Platão diz que ouviu dizer que na região de Náucratis (colônia grega situada no delta do Nilo), no Egito, um dos velhos deuses, ao qual é consagrada a ave íbis, chamado Teuth, foi o primeiro que inventou os números e o cálculo, a geometria e a astronomia, o jogo de damas e os dados, e também os caracteres da escrita. Nessa época, Thamuz reinava em todo Egito.Teuth procurou este deus (aqui o autor refere-se a Amon) para apresentar-lhe suas artes, suas invenções, dizendo que elas poderiam ser ensinadas aos egípcios. E tendo-lhe o rei Thamuz perguntado para que serviam, Teuth disse-lhe: Aqui está majestade, uma arte, um conhecimento, capaz de deixar os egípcios mais sábios e com melhor memória. Este é o remédio (phármakon) para o esquecimento e a ignorância... E o rei replica-lhe: Incomparável mestre de artes, Teuth, uma coisa é inventar as artes e outra, muito diferente, mostrar sua utilidade ou desvantagem, para os homens que devem usá-la. Tu, como pai da escrita, e por isso aperfeiçoado, atribui-lhes uma ação oposta à que lhe é própria, pois ela tem efeitos que podem levar ao esquecimento à alma de quem aprende, uma vez que ela permite que cessem os exercícios da memória. E ao despertar das reminiscências (...) não será mais no seu próprio íntimo e por eles mesmos, mas através da escrita que é um meio externo e através da ajuda de caracteres estranhos. Não é o remédio para a memória que descobriste, mas apenas para a lembrança. Transmites aos teus alunos apenas a aparência do saber e não a própria realidade. Eles recebem informações sem instrução e isso faz com que eles se considerem homens de grande saber quando, de fato, são ignorantes, pseudo-sábios, na maioria dos assuntos. Simplesmente não são verdadeiros sábios.*”

¹⁹ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 26.

já que a teologia cristã é a “teologia da Palavra falada” e sua tarefa é “[...] *explicar a palavra na língua e no contexto de cada época, devendo também exprimir e proclamar a Palavra no vocabulário da época[...]* a Bíblia não é uma informação; é uma mensagem, uma “proclamação”, e é suposto lê-la em voz alta e ouvi-la”.²⁰

Com o sentido do uso antigo de interpretação como “dizer”, de marcada dimensão mística, é delineado um dos princípios da hermenêutica, tanto na literatura como na teologia, que irá se estender durante a fase medieval, permanecendo como legado para a modernidade: o de compreender o ato hermenêutico como “revelação” de um sentido imanente nos textos.

Uma segunda concepção do antigo significado de *hermeneuein* como “explicar” aponta para a dimensão explicativa, superior à expressão, reconhecendo que as palavras exprimem e racionalizam alguma coisa, sendo a explicação uma das formas de “interpretação”, tal qual as palavras proferidas pelo oráculo de Delfos que continham um significado orientado para uma situação concreta. “Assim, enquanto que num sentido os oráculos apenas diziam ou enunciavam, enquanto explicação orientavam-se para um segundo momento interpretativo – explicar ou dar conta de algo.”²¹

Para Palmer, Aristóteles em *Peri hermeneias*²² entende interpretação como “enunciação”, ou seja, como operação mental construtiva que permite a formulação de um juízo sobre o verdadeiro, diferentemente de um questionamento ou uma ordem, ou da lógica, da poética ou retórica. “O telos do processo não é agir sobre as emoções (a poética) ou provocar uma actuação política (retórica) mas sim tornar compreensível o juízo”²³. Sob esta dimensão, a interpretação enquanto “compreensão” para estabelecer um juízo verdadeiro, foi incorporado como preliminar necessária ao processo hermenêutico por exigir uma contextualização e análise do enunciado, diferentemente da lógica formal aristotélica

²⁰ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 29-30.

²¹ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 31.

²² ARISTÓTELES. *Lógica – de la expresion o interpretacion*. caps. 3 y 4. In: Obras completas. Madrid: Aguilar, 1973.

²³ ARISTÓTELES. op. cit., 1973, p. 32.

vinculada às proposições previamente consideradas verdadeiras. Tal vertente do sentido horizontal (contextual) de “interpretação”, é também incorporado na teologia cristã, como pré-compreensão necessária dos ensinamentos bíblicos, cujo significado é diretamente relacionado com a realidade vivenciada pelo intérprete, complementando a dimensão puramente comunicativa dos textos.

A inter-relação das duas dimensões do sentido antigo de *hermeneuein* ao se complementarem, colocam um “problema hermenêutico”²⁴ inicial. Ao se considerar que o componente significativo das expressões humanas devem ser reconhecidas e compreendidas pelo intérprete dentro de seu próprio sistema de significações, o intérprete ingressa no “círculo mágico” da compreensão do significado, um misterioso círculo hermenêutico, sem o qual o sentido do texto não pode ser obtido.

Uma terceira concepção legada pela antigüidade de *hermeneuein* é a de “traduzir”, vertente relacionada com a tarefa de “Hermes tradutor entre dois mundos” que transporta a linguagem divina para a humana. Assim, é colocada a questão da “tradução”, não como mera escolha de sinônimos pelo tradutor, mas como uma necessária “visão de mundos que se entrecrocaram”, para a qual o intérprete deve possuir sensibilidade, já que “[...] Não há dúvida de que a língua é um repositório de uma experiência cultural; existimos nesse medium e através dele; vemos com seus olhos”.²⁵

O problema da “tradução” a ser objeto de reflexão pela hermenêutica legado pela antigüidade, tornou-se relevante no âmbito teológico, por serem os textos religiosos, destacadamente no ocidente os bíblicos, traduzidos, considerando-se uma complexa diversidade cultural e desmitologização para ser possível penetrar no “mundo do Antigo e Novo Testamento”, tornando-se mais precisa a determinação do significado.

A “tradução” como um dos antigos temas centrais da hermenêutica

²⁴ Cf: BLEICHER, Josef. op. cit., 1992, p. 13, o “problema hermenêutico” consiste em saber como é possível o processo de transposição do componente significativo da “mensagem” considerada para o sistema de valores e significados do intérprete e como é possível tornar objetivas estas descrições de sentido intencional subjetivo, considerando o fato de transpor a subjetividade do próprio intérprete.

²⁵ BLEICHER, Josef. op. cit., 1992, p. 37.

encontrava-se colocado, considerando-se os “dois mundos de Hermes”: o do texto e do leitor, com a necessária intermediação do intérprete que confere um sentido a partir de um referencial lingüístico, cultural e histórico.

Às antigas dimensões “interpretação” originadas de *hermeneuein* e *hermeneia*, referindo-se a expressão oral, compreensão racional e tradução de uma outra língua, incorporam-se o aspecto místico do ato interpretativo, invocando a figura de Hermes como “mensageiro de dois mundos”. Esta foi a concepção absorvida pelas Escolas Jurídicas da tradição medieval, que levarão a cabo a tarefa de sistematização do Direito, utilizando as técnicas interpretativas como alicerce do edifício jurídico moderno.

Com as orientações significativas legadas pela antigüidade, a hermenêutica inicia sua trajetória moderna. Na redefinição teórica sofrida do século XVII ao século XX, serão enfatizadas algumas destas dimensões herdadas pela hermenêutica, havendo um constante diálogo dos pensadores modernos com esta antiga tradição.

Em suma, a idéia de “adivinhação” (*hermèneutihé*) como “revelação” movida por alguma forma de “inspiração” capaz de conferir significado verdadeiro às diferentes manifestações das ações e interações humanas corporificadas simbolicamente nas palavras, acompanha a trajetória histórica de toda reflexão interpretativa desde a antigüidade clássica.

Entretanto, no contexto do moderno racionalismo ocidental, instaurado com o advento da ordem capitalista, a atividade hermenêutica, enquanto compreensão do sentido das expressões humanas codificadas textualmente, já não pode mais fundar-se em princípios de ordem mítica, pois o homem deixa de crer no profético e no sagrado. “[...]o agir social torna-se expressão tanto dos interesses institucionalizados quanto das idéias institucionalizadas.”²⁶ No entendimento de Weber, a racionalidade moderna enquanto equação dinâmica entre meios e fins, tem na ciência o corpo de “ferramentas” lógica e empiricamente válidas como instrumental operatório necessário, que permite colocar a

²⁶ ARGÜELLO, Katie. *O Ícaro da Modernidade – Direito e Política em Max Weber*. São Paulo: Acadêmica, 1997, p. 73.

realidade em diferentes perspectivas, para formular e resolver problemas de forma *controlável* e *verdadeira* na medida exata em que é capaz de comprovar a operatoriedade e eficácia dos meios de demonstração. Weber diferencia o processo de racionalização moderno como um modo de agir e compreender “o cosmo circundante” de maneira técnica e previsível, “despojando de magia o mundo”²⁷. Afirmar Weber:

*“A intelectualização e a racionalização crescentes não equivalem, portanto, a um conhecimento geral crescente acerca das condições em que vivemos. Significam, antes, que sabemos ou acreditamos que, a qualquer instante, poderíamos, bastando que quiséssemos, provar que não existe, em princípio, nenhum poder misterioso e imprevisível que interfira com o curso de nossa vida; em uma palavra, que podemos dominar tudo, por meio da previsão. Equivale isso a despojar de magia o mundo. Para nós não mais se trata, como para o selvagem que acreditava na existência daqueles poderes, de apelar a meios mágicos para dominar os espíritos ou exorcizá-los, mas de recorrer à técnica e à previsão. Tal é a significação essencial da intelectualização”.*²⁸

Portanto, a racionalização cultural imposta à sociedade moderna traz como marca a possibilidade universal de previsão, cálculo e controle organizativo através de um instrumental, transvestido de cientificidade, capaz de conferir sentido específico e verdadeiro ao mundo circundante fundado num saber objetivo, divorciado definitivamente da magia e fragmentando a unidade valorativa das tradicionais imagens de mundo. Do dizer de Argüello: *“Há, pois, a dissociação entre o mundo e a imagem que dele fazemos. Contudo, a unidade reside, unicamente, no fato de que é o ser-humano o critério último das avaliações; ou seja: o ponto crucial das visões do mundo moderno é o antropocentrismo.”*²⁹

Evidencia-se assim, o caráter da hermenêutica idealizada modernamente: “a tarefa de Hermes” já não é mais uma adivinhação que se interpõe entre o divino e o humano, mas é aquela que media, através de um instrumental técnico-científico, o espírito humano universal-racional-a-histórico e suas manifestações simbólicas nas palavras.

²⁷ WEBER, Max. op. cit., s/d. p. 30.

²⁸ WEBER, Max. op. cit., s/d. p. 30.

²⁹ ARGÜELLO, Katie. op. cit., 1997, p. 75.

Buscando estabelecer princípios de compreensão deste espírito que se inicia o empreendimento dos precursores da moderna hermenêutica.

A reflexão hermenêutica relacionada originalmente com o correto acesso e interpretação dos textos de tradição histórica, com papel auxiliar das demais disciplinas, paulatinamente no curso dos séculos XIX e XX atinge a relevância de um tipo filosófico de questionamento. Os nomes relacionados a esta nova trajetória são os de Schleiermacher, Dilthey, Heidegger e Gadamer, que transpondo o abismo teórico do racionalismo dos séculos anteriores, ampliam e conferem dignidade teórica à estreita e metódica função até então conferida à hermenêutica.

O marco de ruptura epistemológico é o pensamento kantiano, que de maneira eficaz e em diferentes níveis, questiona o racionalismo até então cultivado nos primeiros passos da reflexão hermenêutica. A crença racionalista de que o espírito humano é capaz de conhecer a construção lógica e coerente da realidade circundante, a partir do qual se deduz aprioristicamente todos os princípios de nossa razão (pelo princípio da razão suficiente é derivada a razão) moveu Dannhauer³⁰ e seguidores como J. Clauberg, J.E. Pfeiffer, J. M. Chladenius e G.F. Meier, a idealizarem uma inicial proposta hermenêutica³¹ que não pôde resistir às críticas kantianas. “[...] *Kant tira a conclusão de que a ordem, por ela constituída ou descoberta, tem validade apenas para o mundo dos fenômenos, ou das coisas, no modo como elas se nos manifestam e são elaboradas por nós. O mundo das coisas em si mesmas*

³⁰ Dannhauer em 1629 esboçou uma hermenêutica universal – *hermeneutica generalis* – buscando nova metodologia interpretativa vestibular às ciências, completamente desvinculada da escolástica. Para tanto, usando de silogismo, parte do pressuposto de que, se para tudo o que se quer conhecer há uma ciência filosófica auxiliar o ato (procedimento) de interpretar também deve possuir uma ciência universal correspondente, existindo assim, uma única hermenêutica com objeto particular aplicado às diferentes faculdades humanas. Segundo GRONDIN, Jean. op. cit., 1999, p. 96. Dannhauer desenvolveu então, uma *hermeneutica generalis*, de maneira paralela e como complementação da tradicional lógica da metodologia aristotélica (*Organon*).” A lógica considerada doutrina universal da verdade, na tarefa hermenêutica cumpria a função de estabelecer o sentido lógico dos enunciados, permitindo distinguir o lógico verdadeiro do ilógico irracional, estabelecendo a hermenêutica como mediação da verdade objetivamente pensada. Para Dannhauer o intérprete é o que analisa todos os discursos enquanto são obscuros, mas explicáveis, discernindo o falso do verdadeiro, com um instrumental lógico formal.

³¹ Pela preocupação central do presente trabalho, não cabe, neste momento, se deter ao pensamento hermenêutico relacionado com a antiga concepção lógica formal superada pela moderna hermenêutica. Entretanto, é interessante verificar o estudo feito por GRONDIN na obra já referida, no capítulo intitulado **Hermenêutica entre gramática e crítica**, p. 91-116.

desaparece, agora, em pura irreconhecibilidade.”³² Portanto, para a hermenêutica que encontra no texto o “acesso ao mundo” através da interpretação subjetivamente feita, é problematizada a possibilidade de obtenção de um conhecimento objetivo, partindo agora não de modo puramente racional, mas do próprio sujeito envolvido no ato de interpretar.

*“Nesta situação do sujeito, que se torna progressivamente destituído de mundo, a exemplaridade do espírito grego exerceu inicialmente uma fascinação mágica, vinculada aos nomes de Goethe, Schiller e Winckelmann. A extirpação da autarquia da razão humana produzida pela dialética de Kant, fez que parecesse recomendado um redespertar do espírito helenístico, aparentemente benéfico e embelezador da vida. Nessa situação, que naturalmente nada mais tem a ver com Kant, a hermenêutica “idealística” se propôs, como tarefa, a ajudar este espírito grego a obter nova vida.”*³³

Este novo homem, envolvido num mundo destituído de magia, faz renascer o espírito grego transmutado pela modernidade no século XIX: um novo *logos* manifestado na palavra a ser desnudado. Sem dúvida este foi o esforço do pensamento hermenêutico moderno, que trará o problema da compreensão e interpretação para além dos textos escritos, em todas as formas de comunicação enquanto forma de diálogo vivo das relações sociais.

1.2. O Projeto da Hermenêutica Universal Moderna

Friedrich Ast (1778-1841) em 1808, ao publicar *Grundlinien der Grammatik, Hermeneutik und Kritik* (Linhas Básicas da Gramática, Hermenêutica e Crítica) movido pelo romantismo historicista alemão, reação conservadora oposta à abstração racionalista a-histórica reinante no então ambiente cultural europeu, é movido pelo objetivo de captar o “espírito” (*Geist*) herdado pela tradição literária desde a Antigüidade. Para este autor a filologia “[...] não é uma questão de manuscritos poeirentos e de pedantismo gramatical árido; não aborda o factual e o empírico como fins em si mesmos mas como meios

³² GRONDIN, Jean. op. cit., 1999, p. 117.

³³ GRONDIN, Jean. op. cit., 1999, p. 119.

para alcançar o conteúdo externo e interno de uma obra, como uma unidade."³⁴ A harmônica unidade das partes de um texto dada pelo *Geist* intrinsecamente, que tem na linguagem sua forma de manifestação, possui, para Ast, princípios fundamentais que se diferenciam da gramática, tratando-se de uma tarefa hermenêutica.

Teorizando sobre a maneira pela qual o intérprete pode extrair o *geistige* (sentido espiritual) de um texto, considerando o intérprete parte integrante de uma unidade espiritual universal, Ast defende a idéia do círculo hermenêutico³⁵, enquanto princípio de caráter descritivo e básico da atividade interpretativa que questiona a maneira pela qual, a partir do particular, pode-se obter o todo, e "[...] *se o pressentimento de um todo não irá antes prejudicar a concepção do particular.*"³⁶ A tarefa hermenêutica para Ast é a de evidenciar, através "[...] *do desenrolar interno do seu significado e a de relacionar cada uma das partes entre si e mais latamente com o espírito da época*"³⁷, cumprida com três formas de compreensão: a) a compreensão histórica – relativa ao conteúdo da obra, b) compreensão gramatical – relativa à linguagem, e c) compreensão *geistige* – a relação entre a visão do autor e a visão total (*geist*) de sua época. Esta última é a única proposta de maneira inovadora por Ast e desenvolvida mais tarde por Scheiermacher: a idéia de "círculo hermenêutico", relação da parte com o todo, ordenado segundo o espírito geral de uma época e espírito do autor, ambos expressos no texto.

Palmer, ainda salienta que no pensamento de Ast há o anúncio da idéia de processo de compreensão como reprodução (*Nachbildung*), que restará como tributo legado ao desenvolvimento da teoria hermenêutica moderna. Diz Palmer:

"O significado hermenêutico disto está na relação da explicação com o processo criativo como um todo: a interpretação e o problema

³⁴ PALMER Richard E. op. cit., s/d. p. 84.

³⁵ Para PALMER (op.cit., s/d. p. 85) compreender a idéia de círculo hermenêutico em Ast deve partir do conceito de *Einheit des Geistes* (unidade espiritual das humanidades). Afirma: "[...] *o Geist é a fonte de todo o desenvolvimento e de toda a mudança, encontramos nas partes individuais a marca do espírito da totalidade (Geist des Ganzen); a parte compreendida a partir do todo e o todo a partir da harmonia interna das partes.*"

³⁶ GRONDIN, Jean. op. cit., 1999, p. 121.

³⁷ PALMER, Richard E. op.cit., s/d. p. 85.

*interpretativo devem obviamente ser relacionados com os processos do conhecimento e da criatividade. Com este conceito de compreensão enquanto Nachbildung, a hermenêutica ultrapassa significativamente a hermenêutica filológica e teológica da época anterior, ligando-se agora a um aspecto do processo de conhecimento relacionado com a teoria da criação artística, pois a compreensão reproduz o processo artístico da criação. Anteriormente, a interpretação não tinha sido considerada na sua relação com uma teoria artística. Joachim Wach vai ao ponto de dizer que o estabelecimento desta relação foi um dos principais contributos de Ast para o desenvolvimento da teoria hermenêutica”.*³⁸

Os princípios hermenêuticos desenvolvidos por Ast encontraram eco em Friedrich August Wolf (1759-1824), outro conhecido filólogo, que embora menos sistemático, em *Vorlesung über die Enzyklopädie der Altertumswissenschaft* (Aulas sobre a Enciclopédia Ciências da Antiguidade) define a hermenêutica como uma ciência das regras pelas quais se permite conhecer o sentido dos signos. Para Wolf, a interpretação é um diálogo do intérprete com o autor que, para não pecar pelo psicologismo, intermediada pela hermenêutica que capta a idéia do autor tal qual ele gostaria, movido por um espírito capaz de entrar em sintonia com os pensamentos alheios.

Wolf distingue duas vertentes da hermenêutica: a compreensão (*verstehenden*) e a explicação (*erklärenden*) dentro do processo interpretativo, “[...]compreendemos para nós mesmos mas explicamos para os outros.”³⁹ Assim, nesta esteira de pensamento, tendo a tarefa interpretativa como explicativa, o ponto nuclear é o sujeito para o qual se dirige a explicação, pois, “A forma e o conteúdo de uma explicação variará consoante a interpretação se dirigir a um novato cheio de entusiasmo, a um leitor desinteressado ou a um sagaz erudito interessado nos mínimos cambiantes.”⁴⁰

Apesar de como Ast, Wolf idealizar três níveis de estágios hermenêuticos: gramatical, histórico e filosófico, diferentemente neste último nível ou espécie de interpretação, que para Wolf serve de controle (verificação lógica) dos outros dois,

³⁸ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 87-88.

³⁹ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 89.

⁴⁰ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 89.

desconsidera o *Geist*, que foi o elemento de maior preocupação de Ast. Palmer analisando a proposta hermenêutica de Wolf afirma: *“Em toda a obra de Wolf é dada ênfase ao que é prático e factual; no entanto, não há qualquer básica sistemática na confusão das regras de abordagem dos diferentes problemas. As regras mantêm-se como um agregado de observações sobre as dificuldades específicas da interpretação.”*⁴¹

As contribuições de Ast e Wolf introduzem o projeto hermenêutico de Schleiermacher, que se desenvolverá no sentido de uma hermenêutica voltada para uma orientação psicológica e para a fundamentação sistemática das operações humanas que atuam na compreensão do discurso.

Friedrich Ernst Daniel Schleiermacher (1768-1834), teólogo e tradutor de Platão, nascido em Breslau, exerceu atividade docente em Halle de 1805 até sua morte em 1835, tendo como preocupação central os problemas relativos à hermenêutica, sem que ele próprio tenha publicado qualquer proposta teórica. *“Seu único escrito pronto para ser editado: Über den Begriff der Hermeneutik (Sobre o conceito de hermenêutica), ou seja, as palestras acadêmicas de 1829, apresentam antes uma discussão dos princípios de Wolf e Ast, do que uma concepção hermenêutica global”*.⁴² Em 1819 ao abrir suas conferências, afirma Schleiermacher: *“A hermenêutica como arte da compreensão não existe como uma área global, apenas existe uma pluralidade de hermenêuticas especializadas”*⁴³. Deixa-se evidente a pretensão de refletir acerca da possibilidade de construção de uma hermenêutica geral como arte de compreensão, arte que entende comum aos campos jurídico, religioso ou artístico, já que, apesar das diferenças teóricas que envolvem a interpretação dos textos, há de maneira subjacente em todos eles uma unidade comum e fundamental. O trabalho deste teórico é marcado pela busca de uma hermenêutica geral que pudesse servir de base para todas as demais, obtida a partir do estabelecimento de princípios de compreensão presentes em toda linguagem.

Para Schleiermacher, as concepções hermenêuticas desenvolvidas até

⁴¹ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 90.

⁴² GRONDIN, Jean. op. cit., 1999, p. 23.

⁴³ *Apud*: PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 91.

então, serviam tão somente como auxiliar na tarefa de tradução de antigos textos, faltando o que considerava o essencial: “[...]examinar o acto fundante de toda a hermenêutica: o acto de compreensão, o acto de um ser humano vivo, dotado de sentimentos e intuições”.⁴⁴ Assim como para o homem o ato de viver e compreender a religião não é puramente racional, mas um ver, agir e sentir a criação divina, também o ato de compreensão de um diálogo está relacionado com as condições existentes e atuantes no ser humano.

Entendia que num diálogo se desenvolvem diferentes operações: a de formular e transformar em retórica um pensamento e a de compreendê-lo. Este último é o campo da hermenêutica: a operação que envolve o ato de compreender, condicionado ao sujeito em suas especificidades. *“Esta distinção fundamental entre falar e compreender constituiu a base para uma nova orientação em hermenêutica e abriu caminho a uma base sistemática para a hermenêutica na teoria da compreensão.”*⁴⁵ Por esta razão, para Schleiermacher a hermenêutica não é simplesmente um conjunto de regras capazes de auxiliar e conferir sentido à um discurso ou comunicação, mas um campo de conhecimento (ciência lógica e articulada) que permite estabelecer um instrumental interpretativo universal que descreve as condições gerais de compreensão, cujos princípios servem de referencial a todos os tipos de interpretação existentes.

Com tal convicção, Schleiermacher abandona a concepção hermenêutica voltada para questões de ordem prática, dedicando-se a tarefa de buscar princípios que regem a compreensão em toda e qualquer forma de comunicação, ou seja, tinha como projeto uma hermenêutica universal.

Chama atenção Gadamer para a nova orientação que Schleiermacher dá à arte da interpretação. Diz Gadamer: *“O que ele tem em vista já não é mais a situação pedagógica da interpretação, que procura ajudar a compreensão do outro, do aluno. Ao contrário, nele a interpretação e a compreensão se interpretam tão intimamente como a palavra exterior e interior, e todos os problemas da interpretação são, na realidade,*

⁴⁴ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 92.

⁴⁵ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 93.

problemas da compreensão".⁴⁶ Para Schleiermacher os problemas de interpretação constituem na verdade problemas de compreensão, fazendo nítida distinção entre uma "*práxis laxa*" e uma *práxis estrita*" da interpretação, ambas com objetivos completamente diversos, anunciando com tal diferenciação, a originalidade do seu princípio hermenêutico.

O significado de uma "*práxis laxa*" "[...]é equiparado com uma *razão sem artifício, enquanto puramente intuitiva*"⁴⁷, relacionada com a visão hermenêutica tradicional de que tudo é entendido de maneira correta (compreensão primária e inata), e que, portanto, a incompreensão é a exceção, caso em que se exige a intervenção da hermenêutica. Schleiermacher provoca uma reviravolta em tal princípio de pensamento hermenêutico ao pressupor, ao contrário, o "mal-entendido" (equívoco) como regra básica. Ao universalizar o "mal-entendido", a compreensão adquire caráter propedêutico, torna-se um preceder a todo ato de "querer entender um discurso", que no dizer de Gadamer⁴⁸, é produzido por si mesmo, que não se restringe, portanto, à compreensão objetiva das palavras, mas que deve retroceder até a mente que as produziu.

É esta "*práxis estrita*" ou "mais austera" que Schleiermacher pretende inserir na discussão hermenêutica, "[...]impregnada por uma compreensão do sujeito[...]"⁴⁹, tomando o conhecimento como essencialmente instável, justificando-se o recurso a crítica kantiana que se deu conta do caráter perspectivo e hipotético de todas as tentativas de compreensão. Com a universalização do "mal-entendido" admite-se, como contrapartida, a universalização da compreensão. Por esta razão, diz Grondin que o intérprete, "[...] deve estabelecer a operação básica da hermenêutica ou da compreensão – somente agora ambos os termos podem tornar-se rigorosamente idênticos – como a de uma reconstrução"⁵⁰ (grifei). A reconstrução de um discurso é que afasta a possibilidade de equívocos, devendo ser reconstruído a partir de suas partes para se atingir o todo, com um sentido tal qual se mostre o

⁴⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método** – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 288.

⁴⁷ GRONDIN, Jean. op. cit., 1999, p. 125.

⁴⁸ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 289.

⁴⁹ GRONDIN, Jean. op. cit., 1999, p. 127.

⁵⁰ GRONDIN, Jean. op. cit., 1999, p. 128.

conferido pelo autor, e não, daquele dado pelo intérprete. Isto leva o postulado kantiano a ser conduzido por Schleiermacher na hermenêutica: o ato de interpretação consiste em “entender o discurso primeiro tão bem, e depois melhor que seu autor”, tarefa infundável, como considerava Schleiermacher, já que exige um constante e novo retorno ao objeto.

Como solução artificiosa, “[...]propôs alguns cânones e regras, sobretudo para a parte gramatical da hermenêutica. Mas, ele sempre esteve cômico de que não existem regras para a aplicação das próprias regras hermenêuticas”.⁵¹ Gadamer salienta a maneira como Schleiermacher considera a individualidade como mistério jamais revelado em seu todo, como barreira que só é transponível através do sentimento: “[...]a compreensão imediata, simpatética e congenial: a hermenêutica é, justamente, arte e não procedimento mecânico. Assim, leva a cabo sua obra, a compreensão, tal como se realiza uma obra de arte.”⁵² Portanto, o discurso, enquanto manifestação de um indivíduo em sua especificidade, é interpretado tal qual uma “adivinhação”, não como ato divino, mas como espécie de arte, processo que de maneira crescente vai tendo para Schleiermacher peso maior. “Em toda parte, e com razão, pressupõe Schleiermacher que atrás de cada palavra, falada ou escrita, se encontra algo diverso, algo pensado, que constitui propriamente o alvo específico da interpretação. Por isso, em última análise, isso só pode ser adivinhado”.⁵³ A compreensão como adivinhação implica em acrescentar “algo mais”, um *plus* de conhecimento acrescentado pelo intérprete que torna o texto mais bem compreendido do que o fora pelo autor.

Neste sentido, para Schleiermacher a compreensão de um texto é a experiência vivenciada de sentir os mesmos processos mentais de seu autor, uma reconstrução, que se inicia com a expressão de um pensamento já acabado, manifestado na linguagem e termina na vida mental que o produziu, penetrando ao mesmo tempo na estrutura da mensagem (momento gramatical) e do pensamento que a gerou (momento psicológico). Tal tarefa prévia de simultânea apreensão e compreensão é feita de maneira circular, pois apenas se compreende a partir das partes (unidades sistemáticas) o princípio do círculo

⁵¹ GRONDIN, Jean. op. cit., 1999, p. 129.

⁵² GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 297.

⁵³ GRONDIN, Jean. op. cit., 1999, p. 129-130.

hermenêutico.

Pode-se assim definir, reconhece Palmer, o que é para Schleiermacher o círculo hermenêutico: *“Compreender é uma operação essencialmente referencial; compreendemos algo quando o comparamos com algo que já conhecemos. Aquilo que compreendemos agrupa-se em unidades sistemáticas, ou círculos compostos de partes. O círculo como um todo define a parte individual, e as partes em conjunto formam o círculo.”*⁵⁴ Neste sentido, a compreensão é operada pela circularidade entre as partes, que apenas adquirem sentido quando relacionadas ao todo; e o todo, que apenas tem sentido quando relacionado às partes. Para compreender algo em sua individualidade, é necessário compreendê-lo em seu contexto (horizonte), que de maneira recíproca é construído a partir das partes que lhe conferem sentido. Para Schleiermacher, a circularidade compreensiva é a interação dialética do todo e das partes, que, de maneira mútua e simultânea, se conferem significado.

A idéia de círculo hermenêutico traz em si o pressuposto de uma compreensão compartilhada, pois sendo qualquer forma de comunicação uma relação dialógica, não há como ingressar nesta circularidade sem um mínimo de prévio conhecimento sobre o que está sendo comunicado, que envolve o nível lingüístico e o tema (matéria-conteúdo) sobre o qual está sendo tratado. Esta parece ser a justificativa para os diferentes momentos metodológicos propostos por Schleiermacher para a interpretação: o “gramatical” e o “técnico” (que mais tarde Schleiermacher chamou de psicológico). *“[...]tal como todo discurso tem uma relação dupla, quer com a totalidade da linguagem quer com o pensamento do autor, também em toda a compreensão de um discurso há dois momentos: a sua compreensão como algo extraído da linguagem e como um «facto» no pensamento daquele que fala”*⁵⁵. O objetivo é de reconstruir a experiência intelectual do autor, não como fim em si mesmo, mas como maneira de interpretar um texto (ou qualquer outra forma de comunicação). Ou seja, o intérprete não busca analisar os sentimentos, sensações, ou mesmo motivos que moveram aquele que transmitiu uma mensagem, mas sobretudo, pretende ser capaz de compreender o outro a partir de suas perspectivas, como forma de reconstrução em

⁵⁴ GRONDIN, Jean. op. cit., 1999, p. 93.

⁵⁵ Apud: PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 95.

sua mais absoluta individualidade, que permita extrair de um texto seu sentido mais pleno.

As considerações acerca da proposta hermenêutica de Schleiermacher foram reconstruídas a partir de seus manuscritos e conferências por seus seguidores. Apenas a partir de 1950, com a ordenação cronológica feita por Heinz Kimmerle dos trabalhos de Schleiermacher na Biblioteca de Berlim, é que foi possível uma maior aproximação com este autor. Conforme já dito, Schleiermacher não chegou a transpor para uma obra seu pensamento acerca da hermenêutica, embora as questões hermenêuticas não fossem para ele de menor importância. Diz Grondin: *“Mais provável é, talvez, a suposição de que Schleiermacher – neste ponto um legítimo romântico (e hermeneuta!) – nunca estivesse plenamente satisfeito com os seus esboços e, respectivamente com sua manifestação.”*⁵⁶

Embora, em sua última fase, enfatize um psicologismo empírico, Schleiermacher é sem dúvida um importante marco no pensamento hermenêutico. Com ele a hermenêutica deixa de ser uma disciplina de caráter meramente auxiliar na teologia e literatura em geral, aqui podendo-se incluir o direito, para adquirir o *status* de ciência, transpondo de maneira decisiva a tradicional concepção de hermenêutica como conjunto de métodos ou regras, ao defender a proposta de uma compreensão, que entendia ser universal, prévia à interpretação.

O legado de Schleiermacher irá se constituir no ponto de partida de Dilthey e Heidegger, que, com diferentes objetivos, como em seguida será analisado, contribuiu para construção da concepção hermenêutica que veio a ocupar as principais correntes filosóficas modernas, não como disciplina auxiliar, tendência ou corrente, mas enquanto reflexão central acerca da existência e do conhecimento humano.

Wilhelm Dilthey (1833-1911), filósofo e historiador literário, que se considerou um empirista obstinado, é uma inquietante voz que se faz ouvir até na atualidade nos diversos campos das ciências humanas. No campo específico da hermenêutica, o pensamento diltheyano encontra-se presente na fenomenologia de Heidegger, no racionalismo de Ortega y Gasset (que, por sua vez, fundamenta a proposta hermenêutica de Luis

⁵⁶ GRONDIN, Jean. op. cit., 1999, p. 124.

Recaséns Siches) e, sobretudo em Gadamer. Dilthey legou um fértil pensamento inacabado que continua dando margem a várias interpretações. Mas dos méritos da obra de Dilthey, Ortega y Gasset atribui como o maior de todos “ter descoberto a idéia da vida”, e que “[...] não expressou nunca de forma adequada e pública seu pensamento[...]”, e tampouco “[...] soube que havia chegado a um novo continente e terra firme.”⁵⁷ Dilthey, vivendo sob as condições do romantismo e do positivismo, busca uma fundamentação epistemológica para as ciências do espírito, conferindo dignidade científica a um campo de conhecimento que vinha à margem do cientificismo de sua época.⁵⁸

Dedicou boa parte de sua vida a estudar e dar continuidade ao pensamento de Scheleiermacher, por ver na hermenêutica uma base epistemológica às *Geisteswissenschaften* (ciências do espírito). O pensamento de Dilthey parte das exigências próprias do historicismo que recusa a inserção metodológica das ciências naturais nas ciências do espírito, apesar do fascínio do modelo cientificista proposto pelo positivismo. “Esta sólida âncora para a pesquisa das ciências do espírito, Dilthey pretenderá encontrar primeiramente na experiência interior, ou nos «fatos da consciência»”. Qualquer ciência é, sim, ciência experimental, argumenta Dilthey, mas a experiência possui o seu contexto e a sua validade no estruturante «a priori» de nossa consciência.⁵⁹ Assim como a partir do pensamento kantiano foi possível se deduzir e fundamentar as ciências naturais nos princípios da razão

⁵⁷ ORTEGA Y GASSET, *Apud*: ASSMANN, Jose Selvino. **Historicismo e História** - de Dilthey a Mannheim (uma introdução). Florianópolis: UFSC mimeo.

⁵⁸ É necessário salientar que anteriormente à Dilthey, Giambattista Vico (1668-1744) buscou conferir dignidade aos estudos históricos, até então considerados secundários. Contrapondo-se à doutrina cartesiana, que tomava a história como um aglomerado de feitos impróprios para a formação de idéias claras e distintas, Vico nega o apelo à autoconsciência humana cartesiana – “penso, logo existo” – e a afirmação de que as idéias possam constituir critério universal de verdade. “Vico opõe à teoria do conhecimento de Descartes, que privilegia a evidência da razão abstrata, a existência de certezas humanas fundamentais que não são evidentes nem podem ser logicamente demonstradas, mas que se baseiam apenas no verossímil. O verossímil se situa entre o verdadeiro e o falso, constituindo uma espécie de verdade problemática. É o caso das certezas da retórica, da poesia, da história e mesmo da prudência, que regula a vida prática, operando no campo do provável e não do verdadeiro no sentido matemático. Contra a razão cartesiana e a crítica nela fundada, Vico opõe o engenho, cujo objeto é o verossímil e o novo, e a tópica, que disciplina o engenho e dirige seus procedimentos inventivos”. (FIKER, Raul. **Vico** - o precursor. Coleção Logos. São Paulo: Moderna, 1994, p. 32). Para Vico, que se considerava antes de tudo um jurista, a história é um processo gradual de humanização do homem. Tal tese é desenvolvida em **Princípios de (uma) Ciência Nova sobre a Natureza Comum das Nações**, publicada em 1725, que admite como “mão invisível” a providência divina que opera por intermédio dos homens. Metodologicamente, Vico parte de axiomas no sentido de proposições das quais se seguem conclusões necessárias, como o princípio de história do mundo, que pretende combinar a generalização com princípios de fatos.

⁵⁹ ASSMANN, Jose Selvino. op. cit., p. 147.

pura, acreditava Dilthey que a experiência interior igualmente seria capaz de conferir validade objetiva às ciências do espírito. Na tentativa de transformar a experiência histórica em ciência, no dizer de Gadamer: *“Dilthey quer que a razão histórica necessita de uma justificação igual à razão pura”*⁶⁰, já que o conhecimento histórico também passa a rechaçar *“[...]a pretensão a construção racional pura da história do mundo e uma vez que também o conhecimento histórico estava limitado à experiência”*⁶¹.

Para Dilthey, segundo o pensamento de Gadamer, não bastava transpor ao campo do conhecimento histórico a empreitada neokantiana da filosofia dos valores. Sustentava que a construção do mundo histórico não é a mera extração da experiência que se inclui em uma referência valorativa, mas, sobretudo, é a historicidade interna, própria da experiência. *“Este é um processo vital e histórico, e não tem seu caso-modelo na constatação dos fatos, mas na peculiar fusão de recordação e expectativa num todo que chamamos de experiência e que se adquire na medida em que se faz a experiência.”*⁶² Portanto, as ciências históricas, como ciência do espírito, apenas significam a continuidade da experiência da vida, que criam no sujeito um nexó epistemológico vital, que segundo Dilthey, pode ser demonstrado através de um método psicológico.

Este é o ponto de partida que lança Dilthey à tarefa metodológica, orientada segundo o princípio da fenomenalidade, ou seja, pressupondo que os fenômenos da realidade estão sob os condicionamentos da consciência. Conclui assim, que apenas a reflexão psicológica, em uma dimensão compreensiva e não apenas explicativa, é capaz de fundamentar objetivamente os fenômenos investigados pela ciência do espírito, pois a compreensão da vida se constitui em algo intrínseco, a partir de sua própria experiência, e não em algo exterior. Para Dilthey o conhecimento não pode ser separado da vontade e do sentimento, tal qual pretendiam as abstratas e externas categorias kantianas. O conhecimento, como resultado de uma dinâmica e complexa atividade interior do homem, não poderia ser reduzido a categorias estáticas, a-temporais e abstratas, mas na experiência vivida. A afirmação de Dilthey feita no prólogo de sua obra em 1883, *Introdução às ciências do*

⁶⁰ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999. p. 337.

⁶¹ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999. p. 338-339.

⁶² GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999. p. 340.

*Espírito de que “Por las venas del sujeto cognoscente que construyeron Locke, Hume y Kant no corre sangre efectiva, sino el tenue jugo de la razón como mera actividad mental”*⁶³, evidencia por si só a crítica ao pensamento mecanicista e quantitativo que divorcia o processo cognitivo da “vida histórica interior do homem”, movida por interesses e concepções condicionadas temporalmente.

No prefácio da obra supra citada, Dilthey reconhece na Escola Histórica uma grande falha cujo preenchimento será sua principal tarefa:

*“Pero la escuela histórica no ha roto hasta ahora los limites internos que habían de entorpecer tanto su perfeccionamiento teórico como su influjo en la vida. A su estudio y su valoración de los fenómenos históricos les faltaba la conexión con el análisis de los hechos de conciencia; portanto la fundamentación en el único saber en última instancia seguro; en una palabra: una fundamentación filosófica. Faltó una relación adecuada entre la teoría del conocimiento y la psicología. Por esto, tampoco llegó a un método explicativo, y, sin embargo, la visión histórica y el método comparativo no son capaces por si solos ni de establecer un complejo autónomo de las ciencias del espíritu ni de lograr influencias sobre la vida.[...] Así surgieron en mi, espontáneamente, la necesidad y el plan de una fundamentación de las ciencias del espíritu”.*⁶⁴

Assim, reconhece Dilthey que se a Escola Histórica não conseguiu oferecer fundamentação filosófica do conhecimento das ciências do espírito, por outro lado, não o poderiam fazer as respostas de Comte e dos positivistas, já que incorreram também em um erro: “[...]parecían mutilar la realidad histórica para adaptarla a los conceptos y

⁶³ DILTHEY, Wilhelm. **Introducción a las Ciencias del Espíritu**. Versión española de Julián Marías. Madrid: Alianza Editorial, 1980, p. 31. [Trad.: Pelas veias do sujeito cognoscente que construíram Locke, Hume e Kant não corre efetivo sangue, mas o tênue suco da razão como mera atividade mental.]

⁶⁴ DILTHEY, Wilhelm. op. cit., 1980, p. 28-29. [Trad.: Mas, a escola histórica não rompeu até agora os limites internos que entorpeceram tanto seu aperfeiçoamento teórico como seu fluxo de vida. A seu estudo e valoração dos fenômenos históricos faltava apenas a conexão com a análise dos fatos da consciência; portanto a fundamentação do único saber em última instância seguro; em uma palavra: fundamentação filosófica. Faltou uma relação adequada entre a teoria do conhecimento e a psicologia. Por isto, tampouco chegou à um método explicativo, e, por isso, a visão histórica e o método comparativo não são capazes por si só de estabelecer um complexo autónomo das ciências do espírito nem de exercer influência sobre a vida. [...] Assim, surgiram em mim, espontaneamente, a necessidade e o plano de uma fundamentação para as ciências do espírito.]

métodos de las ciencias de la naturaleza”⁶⁵. Tal oposição ao domínio do naturalismo mecanicista imperante retrata, segundo Maria Nazaré de Camargo Pacheco Amaral, uma profunda necessidade em justificar a força independente da realidade do mundo espiritual para a formação do pensamento filosófico. “*Reconhecer a essência das ciências do espírito significa, então, o mesmo que definir os seus limites ante as ciências da natureza e, conseqüentemente, não aceitar uma simples submissão das ciências do espírito aos métodos próprios das ciências naturais.*”⁶⁶

Percebendo a inconsistência da pretensão objetiva dos fundamentos epistemológicos da Escola Histórica Alemã, “*encarando-a como uma mistura acrítica das perspectivas idealistas e realistas*”,⁶⁷ evidencia-se o objetivo do pensamento de Dilthey em apresentar fundamentos às ciências do espírito como reação à tendência reinante dos estudos humanísticos que tomavam as normas e ao modo de pensar das ciências naturais. Na *Introdução às Ciências do Espírito* reconhece que a metafísica, apesar de ter sido a mãe da ciência européia, já cumprira sua missão, devendo, portanto, extinguir-se, reconhecendo que o que deve permanecer é a consciência meta-física da pessoa, esta sim eterna, enquanto experiência pessoal.

Admite Dilthey a necessidade de encontrar uma fundamentação filosófica geral para as ciências do espírito, independentemente de apoio metafísico e das ciências naturais, considerando-as enquanto ciências empíricas. Nas ciências do espírito, o nexos interno daquilo que nos é dado na experiência não é preenchido por meio de um procedimento transcendental, mas nasce da própria experiência sob as condições da consciência. Sob este aspecto, a fundamentação filosófica das ciências do espírito, tão almejada por Dilthey, traduz a exigência de uma fundamentação teórica do conhecimento, que vem a substituir de maneira legítima a metafísica. “*Liberto das amarras metafísicas, Dilthey considera ser a análise dos fatos da consciência a única base sólida, a partir da qual é*

⁶⁵ DILTHEY, Wilhelm. op. cit., 1980, p. 30. [Trad.: [...] pareciam mutilar a realidade histórica para adaptá-la aos conceitos e métodos das ciências da natureza.]

⁶⁶ PACHECO AMARAL, Maria Nazaré de Camargo. **Período Clássico da Hermenêutica Filosófica na Alemanha**. Universidade de São Paulo: EDUSP, 1994, p. 12.

⁶⁷ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 105.

possível estabelecer a ligação e compreensão dos fenômenos históricos".⁶⁸ A expressão "fatos da consciência", usada por Dilthey, deve ser compreendida segundo Schnädelbach deve ser compreendida de maneira hermenêutica, por seu sentido não resultar empiricamente, mas através de um processo de esclarecimento e investigação reflexiva, psicológica e histórica, na qual se inclui a autocompreensão.⁶⁹

Esta autocompreensão reflexiva é tida como processo "interno e externo", de "consciência e mundo exterior", que simultaneamente atuam no sujeito que se autointerpreta e interpreta o mundo circundante. Por esta via de possibilidade metodológica, essencialmente hermenêutica, Dilthey entende que uma ciência apenas se caracteriza como estudo humanístico quando seu objeto é acessível ao conhecimento através de um processo baseado na relação sistemática entre a vida (vivência ou experiência), expressão e compreensão.

Dilthey ao sentir a necessidade de fundamentar as ciências do espírito, para torná-las autônomas e livre da influência da metafísica e das ciências naturais, reconhece a importância e urgência em tratar cientificamente os estudos sociais, partindo do fundamento de toda ciência em geral: a experiência.

*"Toda ciencia es ciencia de experiencia; pero toda experiencia tiene su conexión originaria y su validez, determinada por ella, en las condiciones de nuestra conciencia, dentro de la cual surge, en la totalidad de nuestra naturaleza. Llamamos a este punto de vista – que ve lógicamente la imposibilidad de retroceder por detrás de esas condiciones, de ver, por decirlo así, sin ojos o dirigir la mirada del conocer por detrás del ojo mismo – el punto de vista gnoseológico; la ciencia moderna no puede reconocer ningún otro".*⁷⁰

⁶⁸ PACHECO AMARAL. op. cit., 1994, p. 13.

⁶⁹ SCHNÄDELBACH, Herbert. *La Filosofía de la Historia Después de Hegel*. Versão espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires: Alfa, 1980, p. 131.

⁷⁰ SCHNÄDELBACH, Herbert. op. cit., p. 30. [Trad.: Toda ciência é experiência; mas toda experiência tem sua conexão originária e validade, determinada por ela, na condição da nossa consciência, dentro da qual surge na totalidade de nossa natureza. Chamamos a este ponto de vista – que vê logicamente a impossibilidade de retroceder detrás dessas condições, de ver, por assim dizer, sem olhos ou dirigir o olhar de conhecer detrás do mesmo olho – o ponto de vista gnoseológico; a toda ciência moderna não pode reconhecer nenhum outro.]

A palavra experiência (*Erlebnis*) usada por Dilthey quer significar “experiência vivida”, ou seja, como “[...]aquilo que na cadeia do tempo forma uma unidade no presente porque tem um significado unitário, é a mais pequena entidade a que podemos chamar experiência. Indo mais longe, podemos considerar «experiência» cada unidade determinada das partes da vida ligadas por um sentido comum – mesmo quando as várias partes se separam umas das outras por eventos que as interrompem”.⁷¹ A unidade da experiência em Dilthey significa a soma de diferentes momentos vividos na existência humana, independente de conteúdo significativo dado pela consciência, “[...]algo no qual e pelo qual vivemos”⁷², tal como é dada.

O que caracteriza a experiência é não ter consciência de si mesma, já que não é dada pela consciência como objeto pré-concebido colocado frente ao sujeito, pois ao ser objeto de reflexão, perde seu caráter de experiência imediata, tornando-se ato consciente. Assim, o sentido de experiência é o “encontro direto com a vida”, dissociado do ato de pensar, que Dilthey entende:

*“O modo como a «experiência vivida» se me apresenta (à letra: está ali para mim) é completamente diferente do modo como as imagens se colocam face a mim. A consciência da experiência e a sua constituição são a mesma coisa: não há separação entre o que está-ali-para-mim e o que eu experimento enquanto estando ali-para-mim. Por outras palavras, a experiência não se coloca como um objecto em face daquele que a experimenta, mas antes a sua própria existência para mim é indiferenciada da “qualidade” que nela para mim está presente”.*⁷³

Em tal conceito, a experiência é aquela que “está-para-mim” antes de tornar-se objetiva, separada do dado subjetivo, e por isto nela estão contidos os elementos ou categorias de saber, vontade e sentimento. Embora, segundo Palmer, Dilthey tenha encontrado dificuldade em estabelecer tais categorias, a importância maior não foi a de encontrá-las, mas a tentativa de busca-las. “A sua selecção teve como meta adquirir um conhecimento

⁷¹ *Apud*: PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 113-114.

⁷² PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 114.

⁷³ *Apud*: PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 115.

objectivamente válido, e é esta meta que lhe levanta objecções que ele próprio não solicitara"⁷⁴, o que lhe permitiu demonstrar a superficialidade e o absurdo em se compreender a relação com o mundo como relação sujeito-objeto desprovida de sentimento, tal como era proposto pelas correntes idealistas.

Entretanto, para que a experiência tenha significado no contexto das relações espirituais do indivíduo, Dilthey considera a temporalidade como elemento que confere dinâmica ao processo compreensivo. A experiência não é algo estático, mas constitui uma unidade na medida em que é estabelecida uma correlação no contexto geral significativo com o passado antecipando um futuro. *"O significado não pode ser imaginado a não ser em termos daquilo que esperamos que será o futuro, nem pode libertar-se da dependência de materiais cedidos pelo passado"*.⁷⁵ Assim, no momento da experiência vivenciada, forma-se uma unidade temporal implícita, não dada *a priori* pela consciência, que permite a compreensão. O sentido de algo captado objetivamente é, em sua própria essência, temporal, segundo o conjunto das experiências passadas e projetadas para o futuro, como partes (experiência) constitutivas de uma unidade (a vida humana) que ganham significado no processo de vivência. Para Dilthey esta é a temporalidade interna da historicidade e de grande importância hermenêutica: *"A experiência é intrinsecamente temporal (quer dizer histórica, no sentido mais fundo da palavra), e portanto a compreensão da experiência tem também quer ser dada em categorias de pensamento proporcionalmente temporais (históricas)"*⁷⁶. Enfim, para Dilthey, a compreensão do presente é feita dentro de um horizonte prévio e inevitável (passado e futuro) tornado explícito e relevante no momento interpretativo.

Com tal idéia, Dilthey evidencia que a experiência própria das ciências do espírito, possui categorias particulares que devem ser construídas a partir da historicidade que não pode ser alheia à experiência humana vivida. Segundo Gadamer, este ponto decisivo de fundamentação hermenêutica em Dilthey *"[...]não passou nunca de simples*

⁷⁴ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 115.

⁷⁵ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 116.

⁷⁶ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 117.

esboço”⁷⁷. O problema da história para Gadamer “[...] não é saber como pode ser vivido e conhecido o nexo geral, mas como devem ser conhecíveis também aqueles nexos que nenhum indivíduo pôde viver como tal”⁷⁸, restando assim, uma dúvida de como Dilthey daria uma resposta a tal problema a partir do fenômeno da compreensão. De qualquer modo, em Dilthey, o ponto chave da compreensão é a vivência, contribuindo este como dado imediato e fundamental na formação de um princípio - *tudo que está aí para nós, existe apenas enquanto dado, como tal, no presente*⁷⁹ -, que se comunga ao da fenomenalidade - *toda realidade se encontra sob os condicionamentos da consciência*⁸⁰. Assim, as ciências do espírito se diferenciam das ciências naturais pela relação estabelecida do sujeito com o objeto. Trata-se de um processo de “auto-reflexão”, uma compreensão que não é exterior e alienada do sujeito, mas a exteriorização de algo interior (experiência vivenciada em sua dimensão psicológica e temporal) significativo.

Um segundo elemento na fórmula hermenêutica de Dilthey que se acrescenta à experiência é a expressão (*Ausdruck*). Em Dilthey, o sentido de “expressão” ultrapassa a idéia de mera exteriorização de sentimento, tal qual ocorre na arte ou poesia; é sobretudo “expressão de vida”, de tudo aquilo que “[...] espelhe a marca da vida interior do homem”⁸¹, portanto, relacionado a tudo que o ser humano manifesta socialmente, que não se restringe ao sentimento simbolicamente expressado. Para Palmer a palavra *Ausdruck* para ter significado hermenêutico, talvez poderia ser traduzida não como “expressão”, mas como “objetificação da mente”, enquanto um conjunto das circunstâncias internas do homem (conhecimento, sentimento e vontade) objetivadas a partir da experiência vivida⁸². Isso poderia ser melhor compreendido no processo interpretativo, já que “expressão” conduz a idéia de introspecção, que o próprio Dilthey reconhece não servir como base para os estudos

⁷⁷ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 343.

⁷⁸ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 344.

⁷⁹ *Apud*: GRONDIN, Jean. op. cit., 1999, p. 151.

⁸⁰ *Apud*: GRONDIN, Jean. op. cit., 1999, p. 148.

⁸¹ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 118.

⁸² PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 118.

humanísticos.⁸³

Assim sendo, a questão que se coloca é: qual o tipo de objeto das ciências do espírito que se concentram nas “expressões de vida” manifestadas? Responde Dilthey: *“Tudo aquilo em que o espírito humano se objectificou cai na área das Geisteswissenschaften. O limite destas é tão lato como a compreensão, e a compreensão tem o seu verdadeiro objecto na objectivação da própria vida.”*⁸⁴ Este movimento pendular do espírito humano que oscila entre, de um lado, a exteriorização e sua manifestação por meio das expressões objetivas da vivência humana, e de outro, a inter-relação fenomênica destas formas de manifestação, é que conduz à reflexão, enquanto processo simbiótico entre vivência e compreensão, possibilitando, assim, às ciências do espírito cumprir sua tarefa, tal como fora idealizada por Dilthey: compreender a individualidade humana a partir do desenvolvimento da vida do espírito na história.

Esta é a fonte de energia, que *“[...]se inflama e se dilata em criações infinitas no universo igualmente infinito, cabendo aos cientistas do espírito elevar ao nível da consciência histórica a força desse nexos ou dessa unidade fundamental entre o espírito e suas manifestações históricas.”*⁸⁵ A reflexão interpretativa é, assim, tomada como um movimento dialético que permite ao espírito simultaneamente diluir-se e recriar-se na compreensão, de maneira que a experiência vivenciada adquira significado a partir de sua articulação e interpretação nas expressões objetivadas.⁸⁶ Em Dilthey parece ser renovada a antiga noção de hermenêutica como investigação da “palavra exteriorizada”, ao conferir nova dimensão ao processo de interpretação, ao considerá-la como compreensão das manifestações de vida objetivadas, quer num texto escrito ou em uma obra de arte.

⁸³ Referindo-se a impossibilidade da introspecção enquanto critério metodológico para as ciências do espírito, diz PALMER que Dilthey aponta tal impossibilidade pois a reflexão direta sobre a experiência produz: 1. Uma intuição que não pode ser comunicada. 2. Uma conceituação que é ela própria expressão da vida interior. Em assim sendo, se a introspecção não é segura nem para um conhecimento pessoal (conhecer a si próprio), muito menos seria para a ciência. (PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 118).

⁸⁴ *Apud*: PALMER, Richard E., op. cit., s/d. p. 118.

⁸⁵ PACHECO AMARAL, Maria Nazaré de Camargo. op.cit., 1994, p. 24.

⁸⁶ Esta idéia de Dilthey conduz a um conceito de compreensão estrutural, que para o âmbito deste trabalho não será tratado, cabendo sugerir o esclarecimento sobre o tema feito por Maria Nazaré de Camargo PACHECO AMARAL, na obra supra citada, no capítulo “O conceito de estrutura dentro do contexto da ciência e da filosofia do século XIX”.

A palavra compreensão (*Verstehen*) usada por Dilthey com sentido próprio e especial, assim como “experiência” e “expressão”, em sua proposta metodológica. Para Dilthey a compreensão não é definida como procedimento racional cognitivo, como “explicação”, mas como “o momento” em que “a vida compreende a vida”. *“Explicamos por meio de processos puramente intelectuais, mas compreendemos por meio da actividade combinada de todos os poderes mentais da apreensão”*.⁸⁷ É, assim, o momento em que a experiência humana vivida é compreendida em sua plenitude, a via reflexiva do conhecimento que torna mais profundo o caráter da experiência, que como tal não pode ser objeto de teorização racional, como, segundo Dilthey, ocorre com os fenômenos naturais. Diz Dilthey: *“Explicamos a natureza; há que compreender o homem”*⁸⁸, diferenciando metodologicamente as ciências naturais das ciências do espírito.

Melhor esclarecendo o sentido de compreensão em Dilthey afirma Schnädelbach: *“[...]la comprensión en Dilthey es, en tanto forma de concepción de los fenómenos, en tanto expresión de la vida, comprensión de la expresión: es una aprehensión de significados que lleva y transporta un objeto al contexto de la vida.”*⁸⁹ A compreensão é o retorno dinâmico do sujeito cognoscente à maneira pela qual se expressa a vivência (experiência – dados da consciência), tornando a vida clara (adquirindo sentido) em sua maior profundidade. Assim, Dilthey inverte cognitivamente o objeto da ciência inserindo-o na experiência, expressão e compreensão, apreendendo e atualizando o processo através do qual a vida em seu aspecto biológico, se converte em ciência do espírito, como auto-consciência científica do contexto da vida, que toma como objeto a dimensão histórica da humanidade.

A compreensão abre a possibilidade de uma nova experiência, de uma transposição, com a realidade na qual o sujeito se reconhece. Trata-se de uma tarefa hermenêutica de compreensão do outro a partir de si mesmo que tem valor enquanto experiência em si. *“Aqui reside a função compreensiva mais adequada aos estudos*

⁸⁷ Apud: PALMER, Richard E., op. cit., s/d. p. 120.

⁸⁸ Apud: PALMER, Richard E., op. cit., s/d. p. 120-121.

⁸⁹ SCHNÄDELBACH, Herbert. op. cit., 1980, p. 138. [Trad.: [...] a compreensão em Dilthey é, tanto concepção dos fenômenos, como expressão da vida, compreensão de expressão: é uma apreensão de significados que leva e transporta a um objeto ao contexto da vida.]

*humanísticos. Tal como anteriormente fizera Schleiermacher, Dilthey afirma «que os estudos humanísticos» se debruçam amorosamente sobre o particular, por ele mesmo».*⁹⁰ Como princípio hermenêutico, pode-se afirmar que em Dilthey se descobre o homem como animal histórico que interpreta, não porque pensa e explica, mas porque é um ser que se compreende e se reconhece em suas múltiplas dimensões, no próprio ato de interpretar.

Assim como já havia sido proposto por Ast e Schleiermacher, de que a definição do todo resulta da compreensão das partes, em Dilthey a idéia de sentido é fundamentalmente relacionada com a compreensão da interação dinâmica e recíproca das partes com o todo, na medida em que, “[...]a partir do sentido das partes individuais vai-se revelando a compreensão do sentido do todo, que por sua vez transforma a indeterminação das palavras num modelo mais preciso e significativo.”⁹¹ Este círculo hermenêutico em Dilthey assume uma dimensão histórica, já que o significado é algo relacionado com a perspectiva a partir da qual é considerado. A interpretação, portanto, resulta da situação em que o sujeito cognoscente se situa, podendo ser estabelecidos diferentes sentidos a partir do contexto no qual se insere, da experiência vivida, para usar uma expressão diltheyana.

Em outras palavras, o significado é imanente à experiência cujo acesso não é dado tão somente pela via da razão, mas pelas expressões (objetivações) da vida. Assim, “O sentido não é subjetivo; não é uma projecção do pensamento ou do pensar, sobre o objeto; é a percepção de uma relação real adentro de um nexó anterior à separação sujeito-objeto feita pelo pensamento.”⁹² A compreensão do sentido implica no sujeito entrar em relação com as formas da vida objetificadas interna e externamente, numa interação circular do *Geist* objetivo com o sujeito particular.

Como decorrência do fato de que a compreensão é feita a partir do horizonte em que o sujeito se situa, não há um ponto de partida, uma pré-determinação para a relação circular hermenêutica. O que há são pressupostos compreensivos resultantes do contexto referencial em que se dá a dinâmica interação das partes com o todo. Assim, como

⁹⁰ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 121.

⁹¹ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 124.

⁹² PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 126.

não há sentido sem contexto, não há sentido sem pressupostos, sem a “experiência vivida”. A compreensão emerge da simbiose de nosso próprio horizonte com o horizonte do que está sendo interpretado. Portanto, coloca-se como tarefa metodológica do intérprete determinar uma interação entre seu horizonte e o daquilo que interpreta. Este é um dos elementos do pensamento de Dilthey a que Gadamer irá conferir relevância. Gadamer discute como a interpretação é uma fusão de horizontes, que num texto se traduz em diálogo hermenêutico em que o intérprete se apropria do horizonte peculiar do texto (horizonte historicamente passado) até reduzi-lo em sua própria compreensão (como consciência histórica).

A partir do pensamento de Wilhelm Dilthey abre-se uma nova perspectiva para a hermenêutica. Pelo caráter fragmentário e incompleto de sua obra⁹³, restou a tarefa de tentar imaginar qual a teoria hermenêutica que seria proposta por ele. Seguramente tal teoria teria alguma relação com a metodologia gnoseológica das ciências do espírito, que não chegou a expor com clareza. Diz Grondin que “*Os últimos esboços de Dilthey anunciam eventualmente uma filosofia universal da vida histórica, que seus discípulos gostavam de empenhar-se em prosseguir, sob o título de uma «filosofia hermenêutica».*”⁹⁴ De qualquer modo, o que se pode afirmar é que com Dilthey a hermenêutica é colocada no âmbito dos estudos filosóficos, tornando-se a base do estudo das ciências do espírito.

Com Dilthey a questão da interpretação ganha ares de cientificidade. Na mesma medida em que nas ciências do espírito (humanas ou sociais) Dilthey previa uma possibilidade de investigação, capaz de produzir um conhecimento objetivamente válido, por possuir um objeto definido e relativamente imutável, o problema da interpretação igualmente passa a ser objeto fixo e permanente que pode ser apreendido. Por outro lado, ao trazer o problema da compreensão para o campo das “experiências vividas”, Dilthey coloca a interpretação interrelacionada à historicidade e à temporalidade. Com isto, já não se sustentou mais qualquer concepção hermenêutica que partisse do pressuposto da existência de “um

⁹³ À obra *Introdução às ciências do espírito*, de 1883, deveria se seguir um segundo volume no qual seria apresentada uma fundamentação metodológica às ciências do espírito. Diz GRONDIN que “*Com grandes expectativas e pretensões, Dilthey apresentou uma pré-impressão de seu projeto nas «Idéias» de 1895. A arrasante crítica sofrida por elas, sobretudo por parte de H. Ebbinghaus, parece ter abalado profundamente a Dilthey, afastando-o da realização pública de seu programa, no qual ele, ao lado de seus numerosos estudos históricos (entre outros sobre Schleiermacher), prosseguia trabalhando até a sua morte.*” (op. cit., p. 148-149).

⁹⁴ GRONDIN, Jean. op. cit., 1999. p. 154-155.

sentido único e verdadeiro” a ser “revelado” pelo intérprete.

No campo específico da interpretação de textos (quer no âmbito literário ou jurídico), o sentido é considerado como símbolo de uma expressão de vida em sua mais plena e profunda dimensão. Ao interpretar o homem antes de tudo, relaciona-se com sua natureza mais íntima (auto-compreensão) herdada e reconstruída historicamente. No dizer de Palmer, a interpretação “*Não é só histórica porque tem que interpretar um objecto herdado historicamente, mas também porque tem que compreender o objecto no horizonte da temporalidade de cada um e da posição que cada um ocupa na história*”.⁹⁵ Sem dúvida, Dilthey, ao trazer a interpretação no horizonte da historicidade e da auto-compreensão, rompe com o referencial metodológico positivista no campo hermenêutico, o qual concebia a interpretação como relação sujeito-objeto, como algo exterior e dicotomizado.

Apesar dos inúmeros problemas não suficientemente bem resolvidos por Dilthey, inclusive considerando a crítica feita por seus estudiosos, de que a teoria das ciências do espírito diltheyana se reduz a uma descrição estrutural do conhecimento e a uma mera análise das condições de possibilidade de cientificação destas ciências⁹⁶, Gadamer⁹⁷ reconhece que Dilthey foi um ponto de partida para o esforço empreendido pela ciência moderna em descrever de maneira adequada a experiência das ciências do espírito e a própria objetividade que se pode obter nelas, tarefa a qual ele mesmo se lança.

Nascido a 26.09.1889, na cidade de Messkirch, tradicional região católica de Baden, no sudoeste alemão, Martin Heidegger conviveu em ambiente familiar e

⁹⁵ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 128.

⁹⁶ A respeito das críticas feitas ao pensamento de Dilthey, SCHNÄDELBACH (op. cit., 1980, p. 145-148) apresenta alguns problemas “pendentes”, que para uma maior profundidade no pensamento diltheyano é bastante interessante sua leitura. Além do próprio GADAMER *in Verdade e Método* em p. 353-368, faz profunda análise sob o título de “a discrepância entre a ciência e a filosofia na análise da consciência histórica em Dilthey”, apontando para problemas não solucionados por Dilthey.

⁹⁷ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999. p. 368.

social que lhe ofereceu forte educação religiosa⁹⁸. Em meio aos fatos que culminaram na Primeira Guerra Mundial, Heidegger começa em 1915 a lecionar como livre-docente na Universidade de Friburgo, sendo obrigado a abandonar a cátedra em 1917 para servir no *front*. Em 1919, ao retornar para suas atividades de docente, aproxima-se de Husserl, fundador da fenomenologia, surgindo uma estreita colaboração entre ambos. Estes dois acontecimentos foram decisivos na consolidação do pensamento de Heidegger: “[...] o primeiro, enquanto, pondo em causa a autenticidade de toda a cultura do tempo, exigia um novo contato com a própria realidade da vida; o segundo, enquanto fornecia os meios para esta apropriação original dos fenômenos.”⁹⁹ Como muitos, Heidegger via na convulsão política de sua época, o agonizar do Mundo Moderno que ofuscava o brilho da *belle époque*, enterrando a crença ilusória da ciência, do progresso e da ordem.¹⁰⁰

Heidegger critica o saber filosófico dominante, acusando-o de estar perdido em especulações descompromissadas, preocupado com conceitos diletantes e destituído de finalidade no plano das essências abstratas e dos valores. Este tipo de saber, “[...]desenraizado e impotente, disperso numa multidão desconexa de disciplinas e de

⁹⁸ Segundo MACDOWELL, João Augusto A. na obra *A Gênese da Ontologia Fundamental de Martin Heidegger*. São Paulo: EDUSP, 1970, p. 5-9, a vocação de Heidegger para a filosofia é despertada quando, ainda jovem colegial, vem às suas mãos através do futuro arcebispo de Friburgo de Brisgóvia, Konrad Gröber, a obra *Von der mannigfachen Bedeutung des Seienden* (1862) de Franz Brentano, passando desde então a estudar a Metafísica em sua origem histórica e sistemática, fazendo de Aristóteles o companheiro de sua trajetória intelectual. O ingresso na Faculdade de Teologia em 1909 permitiu a Heidegger conviver com as transformações sofridas pela escolástica tradicional provocadas pelos novos elementos da filosofia moderna. O posterior abandono do curso de Teologia para dedicar-se à Filosofia não significa que Heidegger rompeu com o até então estudado em relação à tradicional metafísica ocidental, mas o expôs diretamente às diversas correntes de idéias que circulavam no ambiente filosófico alemão. Com a derrocada dos sistemas idealistas, na segunda metade do século XIX reina uma mentalidade positivista impermeável a qualquer coisa capaz de ultrapassar a experiência sensível, reduzindo-se a filosofia quase totalmente à crítica do conhecimento científico, ganhando a psicologia experimental o *status* de intérprete exclusivo dos fenômenos da consciência e da interpretação, o que será duramente criticado por Heidegger em sua tese de doutoramento, pois entendia que o psicologismo não passava de um tipo de empirismo, “[...] dada a sua incapacidade de perceber o objeto próprio da lógica e sua autonomia em relação aos fatos psíquicos” (p. 13)

⁹⁹ MACDOWELL, João Augusto. op. cit., 1970, p. 120.

¹⁰⁰ Heidegger repudia o academicismo da filosofia reinante por julgar ser co-responsável pelo desastre da civilização ocidental. Esta atitude é manifestada, segundo MACDOWELL (op. cit., 1970, p. 120-121), no discurso de posse da reitoria da Universidade de Friburgo pronunciado em 27-05-1933, no qual demonstra sua convicção sobre o conhecimento científico puramente acadêmico e a nova missão da filosofia. Tal discurso em tom patético, dá ênfase aos *slogans* do Partido Nacional Socialista e como reitor foi subserviente às orientações do regime nazista alemão (como o serviço militar obrigatório para estudantes). Se sua postura ideológica e política deriva de suas convicções filosóficas ou não, no âmbito do presente trabalho não cabe adentrar em tal discussão, embora sendo importante salientar que Heidegger projetou, por algum tempo, em Hitler e no Nazismo esperança e fé política, mostrando-se desenganado mais tarde.

*campos estanques, traiu a missão suprema da ciência, como interrogar apaixonado do ente no seu todo, interrogar que cria para um povo seu verdadeiro mundo espiritual.”*¹⁰¹ Este desencanto conduz Heidegger a conceber a ciência não como valor cultural ou como instrumento ideológico, mas como forma de manter em um povo a lucidez necessária para reconhecer o essencial, devendo para tanto, a teoria “[...]brotar das entranhas da vida, fecundada pelas forças elementares que tecem o destino histórico do homem[...]As ciências são, antes de tudo, modos de ser do homem e como tais condicionadas pela atitude e disposição afetiva do espírito em face do ente. A ciência autêntica é fruto da resolução de expor-se aos riscos do interrogar inexorável da totalidade da vida na sua problemática essencial”.¹⁰² Desde sua habilitação como livre-docente, Heidegger demonstra encarar a filosofia como interpretação ontológica da vida, o que será decisivo para seu rompimento como a metafísica escolástica e a lógica neokantiana, considerando-as desde então, incapazes de exprimir o autêntico sentido da existência.

O *Ser e Tempo* de Heidegger, publicado em 1927, é um dos marcos revolucionário da filosofia deste século, que realiza uma mudança paradigmática nas tendências psicologistas (Husserl) e historicistas (Dilthey, Droysen, ...) que até então não haviam conseguido superar as teorias da consciência e da representação e a relação sujeito-objeto. “O paradigma que antes estivera subterraneamente avançando, por muitos autores, desde o fim do idealismo alemão, até o fim do século 19 (filosófico: anos vinte), encontrou seu ponto de coagulação em *Ser e Tempo*”.¹⁰³

Ao romper com a filosofia dos valores e as possibilidades da escolástica medieval, Heidegger aproxima-se inicialmente da fenomenologia de Husserl¹⁰⁴, refazendo paulatinamente o caminho já aberto, em uma perspectiva ontológica.

¹⁰¹ Apud: MACDOWELL, João Augusto. op. cit., 1970, p. 122.

¹⁰² Apud: MACDOWELL, João Augusto. op. cit., 1970, p. 123-124.

¹⁰³ STEIN, Ernildo. *Seis Estudos sobre “Ser e Tempo”*. Petrópolis: Vozes, 1990, p. 16.

¹⁰⁴ A importância de Husserl para Heidegger pode ser testemunhada na introdução do *Ser e o Tempo* (Petrópolis: Vozes, 1993, 4ª ed., Tradução de Márcia de Sá Cavalcante), justificada nas seguintes palavras: “As investigações que se seguem são apenas possíveis na base estabelecida por E. Husserl, cujas Investigações Lógicas fizeram nascer a fenomenologia.” (p. 69). Os elementos da fenomenologia de Husserl (evidência e verdade, intuição sensível e categorial, sinal e doutrina dos significados,...) assimilados por Heidegger foram fundamentais para o caminho que o conduziu à obra *Ser e Tempo*.

*“Em seu conteúdo, a fenomenologia é a ciência do ser dos entes – é ontologia. Ao se esclarecer as tarefas de uma ontologia, surgiu a necessidade de uma ontologia fundamental, que possui como tema a pre-sença, isto é, o ente dotado de um privilégio ôntico-ontológico. Pois somente a ontologia fundamental pode-se colocar diante do problema cardeal, a saber, da questão sobre o sentido do ser em geral”.*¹⁰⁵

A fenomenologia de Husserl abre para Heidegger a possibilidade metodológica de uma nova compreensão do ser na existência humana, isto porque veio a permitir a apreensão pré-conceitual dos fenômenos. Entretanto, em Heidegger a fenomenologia adquire um significado diferenciado daquele que havia sido conferido por Husserl. *Enquanto Husserl o utilizara com a idéia de tornar visível o funcionamento da consciência transcendental, Heidegger viu nele o meio vital do ser-no-mundo histórico do homem.*¹⁰⁶ Por outras palavras, Heidegger vislumbrou na historicidade e temporalidade os referenciais capazes de tornar compreensível a natureza do ser, tal como se revela na experiência vivida, que não pode ser encarcerado em categorias conceituais e a-temporais. *O ser era o prisioneiro escondido, quase esquecido, das categorias estáticas do Ocidente, que Heidegger esperava libertar.*¹⁰⁷ O esforço de Heidegger será no sentido de discutir a possibilidade desta libertação através da fenomenologia.

Para Husserl a tarefa prioritária da filosofia era a criação de uma teoria do conhecimento, que apenas poderia ser obtido através da fenomenologia enquanto uma ciência em sentido estrito, cujo objeto é o estudo da consciência. Segundo Paisana¹⁰⁸ para Husserl o fenômeno é a vivência intencional e a fenomenologia teria como objeto exatamente as vivências intencionais com suas relações e hierarquias, e portanto, como ciência, movendo-se no plano da subjetividade.

¹⁰⁵ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 4ª ed., Petrópolis: Vozes, 1993, Parte I, p. 68.

¹⁰⁶ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p., 129-130.

¹⁰⁷ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 130.

¹⁰⁸ PAISANA, João. **Fenomenologia e Hermenêutica** – A relação entre as filosofias de Husserl e Heidegger. Lisboa: Editorial Presença, 1992, p. 74.

*“O estudo fenomenológico, enquanto ciência das vivências intencionais, deveria ser considerado como anterior a toda relação da consciência com o mundo. Na verdade, só este estudo prévio permitiria verdadeiramente elucidar a própria experiência mundana, uma vez que a experiência do mundo mais não é que um caso particular de presença à consciência, e pressupõe já como tal a própria intencionalidade”.*¹⁰⁹

Portanto, para Husserl a fenomenologia é uma ciência de caráter prévio à qualquer teoria empírica, de qualquer ciência que explique o real – das ciências que explicam a natureza, a psicologia ou mesmo a metafísica.¹¹⁰ A preocupação de Husserl é orientada no sentido de estabelecer um corpo doutrinário independente de opiniões ou pontos de vista pessoais¹¹¹, portanto, isento de qualquer influência externa, capaz de servir de base referencial a todos os campos do conhecimento, o que vai buscar exatamente na fenomenologia – como teoria geral do conhecimento. Entretanto, Husserl cria um problema de difícil solução: como pretender ser a fenomenologia uma teoria geral do conhecimento e simultaneamente ser formulada como uma ciência particular?. Por outras palavras, se a fenomenologia possui um objeto próprio e particular – o fenômeno – como poderá pretender uma universalidade? Diz Paisana:

“Dentro da perspectiva neokantiana, a qual exercia profunda influência no pensamento filosófico da Alemanha nos finais do século XIX, tal dificuldade poderia ser facilmente precisada: como se poderia fundamentar uma teoria geral do conhecimento, isto é, do conhecimento independente do seu conteúdo material determinado, a partir de conhecimentos particulares (a fenomenologia), isto é, com conteúdo material determinado? Tal pretensão incorria

¹⁰⁹ PAISANA, João. op. cit., 1992, p. 74.

¹¹⁰ Em relação a idéia de fenomenologia de ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 438, esclarece que consideração feita por Husserl de considerar a fenomenologia como uma corrente filosófica particular que se vale da redução eidética e da *epoché*, pode ser resumida da seguinte maneira: 1. O caráter intencional da consciência, na medida em que a consciência é um movimento de transcendência em direção ao objeto e o objeto se dá ou se apresenta à consciência “pessoalmente”; 2. Evidência da visão (intuição) do objeto devida à presença efetiva do objeto; 3. Generalização da noção de objeto, que compreende não somente as coisas materiais, mas também as formas de categorias, as essências e os “objetos ideais” em geral. 4. O caráter privilegiado da “percepção imanente”, ou seja, da consciência que o eu tem das suas próprias experiências, porquanto nessa percepção aparecer e ser coincidem perfeitamente, ao passo que não coincidem na intuição do objeto externo, que nunca se identifica com suas aparições à consciência, mas permanece além delas.

¹¹¹ ABBAGNANO, Nicola. op. cit., 1998, p. 77.

*necessariamente num círculo vicioso”.*¹¹²

Por esta razão é possível compreender o motivo que levou as correntes neocriticistas a criticarem o pensamento de Husserl. A filosofia crítica baseia-se exatamente no método transcendental e a fenomenologia de Husserl ao pretender-se ciência da consciência e, considerando seu objeto como exterior aos objetos das ciências positivas, ia muito além dos limites estabelecidos pelo método transcendental. As correntes críticas da filosofia, de maneira oposta a Husserl, não definem um objeto próprio a investigar, já que podem ser caracterizadas como uma propedêutica do conhecimento científico, que caminha no sentido de buscar determinar as condições de possibilidade de validade objetiva da ciência. A fenomenologia de Husserl ao conferir prioridade de investigação à consciência, é acusada de ser um psicologismo.

Segundo Abbagnano, o próprio Husserl preocupado em eliminar a confusão entre a psicologia e a fenomenologia, esclarece em *Investigações Lógicas* que:

*“[...] a psicologia é a ciência de dados de fatos; os fenômenos que ela considera são acontecimentos reais que, juntamente com os sujeitos a que pertencem, inserem-se no mundo espaço-temporal. A F. (que ele chama de “pura” ou “transcendental”) é uma ciência de essências (portanto, “eidética”) e não de dados de fato, possibilitada apenas pela redução eidética, cuja tarefa é expurgar os fenômenos psicológicos de suas características reais ou empíricas e levá-los para o plano da generalidade essencial. A redução eidética, vale dizer, a transformação dos fenômenos em essências, também é redução fenomenológica em sentido estrito, porque transforma esses fenômenos em irrealidades [...]”.*¹¹³

A redução feita por Husserl de todos os fenômenos à consciência humana (subjetividade transcendental) o conduz a admitir a facticidade do ser enquanto dado da consciência, enquanto Heidegger a considera como algo além da consciência e do

¹¹² ABBAGNANO, Nicola. op. cit., 1998, p. 76.

¹¹³ ABBAGNANO, Nicola. op.cit., 1998, p. 438.

conhecimento,¹¹⁴ já que o questionamento acerca do sentido do ser não poderia ser fundada na subjetividade, mas na interpretação, enquanto método capaz de determinar o sentido do ser em geral. Assim, em *Ser e Tempo*¹¹⁵, Heidegger vê na hermenêutica o método fenomenológico de investigação.

A referência de Heidegger de maneira explícita à hermenêutica como metodologia fenomenológica conduz à necessária preocupação em refletir a relação estabelecida entre hermenêutica e fenomenologia, o que é feito no capítulo II do *Ser e Tempo*. O sentido conferido à fenomenologia por Heidegger parte de uma análise etimológica, remontando às raízes gregas das palavras *phainomenon* – “[...]o que se mostra, o que se revela”¹¹⁶ – e *logos* – “[...]o que deixa e faz ver aquilo sobre o que se discorre e o faz para quem discorre [...] e para todos aqueles que discursam uns com os outros”¹¹⁷. *Logos* é tomado por Heidegger como o sentido daquilo que é transmitido verbalmente, de significação apofântica¹¹⁸, com a função de deixar que algo se mostre como tal, já que, diz Heidegger, “[...]está sempre presente como fundo ou fundamento”¹¹⁹.

Sobre o sentido de *logos* conferido por Heidegger, afirma Palmer:

“É uma questão de descoberta, ou de manifestação, do que uma coisa é; trá-la para fora do esconderijo, para a luz do dia. A mente não projecta um sentido no fenómeno; é antes o que aparece que é uma manifestação ontológica da própria coisa [...] Mas deixar que uma coisa apareça como aquilo que é, torna-se uma questão de aprendemos a deixá-la proceder desse modo, pois ele revela-se.”

¹¹⁴ No *Ser e Tempo* (op. cit., p. 189), Heidegger considera a facticidade o que caracteriza a existência como lançada no mundo, ou seja, à mercê dos fatos, ou no nível dos fatos. *Facticidade não é a factualidade do factum brutum de um ser simplesmente dado, mas um carácter ontológico da pre-sença assimido na existência, embora desde o início, reprimido. O fato da facticidade jamais pode ser encontrado na intuição”*. Assim, a facticidade é um modo de ser próprio do homem e diferente da factualidade – modo de ser das coisas, sendo da a facticidade da existência acessível através da compreensão.

¹¹⁵ HEIDEGGER, Martin. op. cit., 1993, p. 68.

¹¹⁶ HEIDEGGER, Martin. op. cit., 1993, p. 58.

¹¹⁷ HEIDEGGER, Martin. op. cit., 1993, p. 62-63.

¹¹⁸ Apofântico (do grego *apophantikós*) é aqui utilizado no sentido lógico aristotélico, relativo aos enunciados verbais possíveis de serem falsos ou verdadeiros.

¹¹⁹ HEIDEGGER, Martin. op. cit., 1993, p. 64.

Logos (a fala) não é na verdade um poder dado à linguagem por aquele que a utiliza, mas sim um poder que à linguagem dá a essa pessoa, um meio que ela tem de ser captada por aquilo que através da linguagem se torna manifesto”.¹²⁰

Como resultado da combinação da interpretação de *fenômeno* e *logos*, diz Heidegger: “[...]salta aos olhos a íntima conexão que os liga”¹²¹, surgindo, assim, o sentido de fenomenologia como “[...]deixar e fazer ver por si mesmo aquilo que se mostra, tal como se mostra a partir de si mesmo”¹²². A palavra “fenomenologia”, diz Heidegger, usada para designar a “[...]Ciência “dos” fenômenos significa: apreender os objetos de tal maneira que se deve tratar de tudo que está em discussão, numa de-monstração e procedimento diretos”.¹²³ É no conceito desenformalizado¹²⁴ de fenômeno – o sentido velado ou encoberto do ser - sentido mais privilegiado e conteúdo mais próprio - que o encobre de maneira tão profunda que seu próprio sentido se ausenta, que é o conceito oposto de fenômeno – que Heidegger vê a fenomenologia, enquanto “[...]via de acesso e o modo de verificação para se determinar o que deve constituir a ontologia. A ontologia só é possível como fenomenologia.”¹²⁵ O acesso, diz Heidegger, o modo de encontro do ser com suas estruturas nos fenômenos, é possível através de uma ontologia fundamental cuja possibilidade de investigação é a hermenêutica da pre-sença.

Explicando o sentido de uma hermenêutica da pre-sença diz Heidegger:

¹²⁰ PALMER, Richard E., op. cit., s/d. p. 133.

¹²¹ HEIDEGGER, Martin. op. cit., 1993, p. 65.

¹²² HEIDEGGER, Martin. op. cit., 1993, p. 65.

¹²³ HEIDEGGER, Martin. op. cit., 1993, p. 65.

¹²⁴ Para Heidegger conceito formal e vulgar de fenômeno “[...]legitima a denominação de fenomenologia a toda demonstração de um ente tal como ser mostra em si mesmo (op.cit., 1993, p. 65-66). Perguntando como se deve desenformalizar o conceito formal de fenômeno para transformá-lo em conceito fenomenológico de fenômeno que se distingue do conceito vulgar, indaga Heidegger: “O que será que a fenomenologia deve “deixar e fazer ver”? O que é que se deve chamar de “fenômeno” num sentido privilegiado? O que, em sua essência, é necessariamente tema de uma demonstração explícita? Respondendo: Justo o que não se mostra diretamente e na maioria das vezes e sim se mantém velado frente ao que se mostra diretamente e na maioria das vezes, mas, ao mesmo tempo, pertence essencialmente ao que se mostra diretamente e na maioria das vezes a ponto de constituir o seu sentido e fundamento.” (op. cit., 1993, p. 66)

¹²⁵ HEIDEGGER, Martin. op. cit., 1993, p. 66.

*“Fenomenologia da pre-sença é hermenêutica no sentido originário da palavra em que se designa o ofício de interpretar. Na medida, porém, em que se desvendam o sentido do ser e as estruturas fundamentais da pre-sença em geral, abre-se o horizonte para qualquer investigação ontológica ulterior dos entes não dotados do caráter da pre-sença. A hermenêutica da pre-sença torna-se também uma “hermenêutica” no sentido de elaboração das condições de possibilidade de toda investigação ontológica. E, por fim, visto que a pre-sença, enquanto ente na possibilidade da existência, possui um primado ontológico frente a qualquer outro ente, a hermenêutica da pre-sença como interpretação ontológica de si mesma adquire um terceiro sentido específico – sentido primário do ponto de vista filosófico – a saber, o sentido de uma analítica da existencialidade da existência. Trata-se de uma hermenêutica que elabora ontologicamente a historicidade da pre-sença como condição ôntica de possibilidade da história factual. Por isso é que, radicada na hermenêutica da pre-sença, a metodologia do espírito só pode receber a denominação de hermenêutica em sentido derivado”.*¹²⁶

Portanto, em Heidegger o sentido de hermenêutica é tomada como um ato primário¹²⁷ de interpretação “que deixa sair aquilo que está oculto”, transformando-se em interpretação da pre-sença (ou do *Dasein*¹²⁸). “A hermenêutica, diz Heidegger, é aquela função anunciadora fundamental pela qual o *Dasein* torna conhecida para si a natureza do ser.”¹²⁹ A “desocultação” do ser parece querer significar a compreensão do cotidiano inexpresso, por outras palavras, os acontecimentos (coisas) com os quais lidamos em nosso “mundo vital” são pré-interpretados pela compreensão precedente para uma dada finalidade.

¹²⁶ HEIDEGGER, Martin. op. cit., 1993, p. 68-69.

¹²⁷ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 134.

¹²⁸ Em nota explicativa da tradução da obra *Ser e Tempo* a tradutora salienta que a palavra *Dasein* é comumente traduzida por existência. Em geral nas línguas latinas *Dasein* é traduzido pelas expressões “ser-aí”, “être-là”, “esser-ci”. Entretanto na obra utilizada *Dasein* foi traduzido como pre-sença pelos seguintes motivos: 1. Para que não se fique aprisionado às implicações do binômio metafísico essência-existência; 2. Para superar o imobilismo de uma localização estática que o “ser-aí” poderia sugerir. O “pre” remete ao movimento de aproximação, constitutivo da dinâmica do ser, através das localizações; 3. Para evitar um desvio de interpretação que o “ex” de “existência” suscitaria caso permaneça no sentido metafísico de exteriorização, atualização, realização, objetivação e operacionalização de uma essência. O “ex” firma uma exterioridade, mas interior e exterior fundam-se na estruturação da pre-sença e não o contrário. 4. Pre-sença não é sinônimo nem de homem, nem de ser humano, nem de humanidade, embora conserve uma relação estrutural. Evoca o processo de constituição ontológica de homem, ser humano e humanidade. É na pre-sença que o homem constrói o seu modo de ser, a sua existência, a sua história, etc.

¹²⁹ PALMER, Richard E., op. cit., s/d. p. 134.

Heidegger apresenta um novo conceito de compreensão (*sich auf etwas verstehen* – entender-se sobre algo) que quer significar um saber que dá ao indivíduo uma habilidade para poder agir a partir dela. A vida é tecida por tais habilidades, denominada comumente por prática, que, para Heidegger, é o sentido existencial, isto é “[...] o modo básico, por força do qual nós conseguimos e procuramos situar-nos neste mundo. A compreensão (ou o entender) de algo significa menos um modo de conhecimento do que um situar-se [...] no mundo. [...] Entender teoricamente de um contexto significa, pois, realmente: estar em condições de enfrentá-lo levá-lo à cabo, poder começar algo com ele.”¹³⁰ A existência implica neste saber “[...] como, instrumentalizante e interpretativo, que é constitutivo para a compreensão humana, designa um modo como o ser-aí trata das coisas em seu mundo.”¹³¹ Assim, este “como” hermenêutico, diferentemente do “como” apofântico, é a pré-compreensão interpretante primária do meio (ao nível do ser-aí), enquanto possibilidade de obtenção do que está “antes de”.

Chama a atenção Grondin: “O ser-aí distingue-se, pelo fato de, em seu ser, tratar-se desde seu próprio ser, de seu poder ser no mundo, mas salta aos olhos, que o modo cuidadoso do compreender tem sua raiz existencial na preocupação do ser-aí consigo mesmo.”¹³² A possibilidade existencial é, neste sentido, orientada pela pré-compreensão do não-expressado (esboços inexpressos) que concretiza a relação com o mundo. Tais esboços não são escolhidos, mas se “lançam no ser”. “O específico “ser lançado” e a historicidade do ser-aí são a característica indelével de nossa “facticidade””.¹³³, parte da pré-estrutura fática primária da compreensão – perspectivas disponíveis não explícitas nas quais a vida fática se envolve. A hermenêutica de Heidegger busca esclarecer esta prévia estrutura historicamente dada, já que o ser não está cega e inexoravelmente preso a esta pré-estrutura.

Em tentativa de síntese, a hermenêutica heideggeriana no *Ser e Tempo*, diz Coreth:

¹³⁰ GRONDIN, Jean. op. cit., 1999, p. 160-161.

¹³¹ GRONDIN, Jean. op. cit., 1999, p. 161.

¹³² GRONDIN, Jean. op. cit., 1999, p. 162.

¹³³ GRONDIN, Jean. op. cit., 1999, p. 163.

*“[...]não quer dizer a arte da interpretação, nem a própria interpretação, mas antes a tentativa de determinar a essência da interpretação antes de tudo pela hermenêutica como tal, isto é, pela essência hermenêutica da existência, a qual, compreendendo-se originalmente, interpreta a si mesma no mundo e na história. Hermenêutica torna-se assim interpretação da primitiva compreensão do homem em si e do ser”.*¹³⁴

Assim, em Heidegger, a hermenêutica é tomada como a teoria da compreensão; porém, de maneira diferenciada de Schleiermacher e Dilthey, o termo “compreensão” adquire uma denotação específica, como algo ontológico e anterior a própria existência.

“Na compreensão, a pre-sença projeta seu ser para possibilidades. Esse ser para possibilidades, constitutivo da compreensão, é um poder-ser que repercute sobre a pre-sença as possibilidades enquanto aberturas. O projetar da compreensão possui a possibilidade própria de se elaborar em formas. Chamamos de interpretação essa elaboração. Nela, a compreensão de apropria do que compreende. Na interpretação, a compreensão se torna ela mesma e não outra coisa. A interpretação se funda existencialmente não vice-versa. Interpretar não é tomar conhecimento do que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas na compreensão”. (grifei)¹³⁵

A compreensão, enquanto o poder de captar as possibilidades existenciais, não se traduz pela capacidade do ser em sentir o Outro, tal como entendia Schleiermacher, nem tampouco em captar as formas de expressão das “manifestações de vida” como propunha Dilthey, mas na revelação da potencialidades concretas do ser em seu horizonte existencial. Na análise da compreensão, Heidegger fala em um círculo hermenêutico¹³⁶ - com um sentido diferenciado do que era utilizado desde Ast e Wolf - que exprime uma estrutura prévia existencial no qual se esconde a possibilidade positiva do conhecimento mais originário¹³⁷, podendo apenas ser apreendida se a interpretação tomar como tarefa as pressuposições ontológicas existenciais. É dentro da totalidade do sentido

¹³⁴ CORETH, Emerich. op.cit., 1973, p. 23.

¹³⁵ HEIDEGGER, Martin. op. cit., 1993, p. 204.

¹³⁶ HEIDEGGER, Martin. op. cit., 1993, p. 210.

¹³⁷ HEIDEGGER, Martin. op. cit., 1993, p. 210.

anteriormente dado que o ser se manifesta como ser, sendo a interpretação fundada nesta “[...] visão prévia que “recorta” o que foi assumido na posição prévia, segundo uma possibilidade determinada de interpretação.”¹³⁸ Para Heidegger não há que admitir-se a interpretação como apreensão de algo isento de pressuposições.

*“Se a concreção da interpretação, no sentido da interpretação textual exata, se compraz em se basear nisso que “está” no texto, aquilo que, de imediato, apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente, do intérprete. Em todo princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já “põe”, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia”.*¹³⁹

Assim, a compreensão de algo exige como condição de sua possibilidade o todo de um contexto de sentido – de uma totalidade de conexões¹⁴⁰ – dado pelo mundo pré-comprensido, o mundo projetado no ser-aí, que anteprojeta suas possibilidades de ser, enquanto horizonte de sua autocompreensão. “Mundo”¹⁴¹ em Heidegger quer significar a totalidade em que o ser é projetado. Por esta razão, em Heidegger, não há que se considerar a separação do ser e do mundo, pois, “[...]pressupõem a separação sujeito-objecto que aparece no interior do contexto relacional a que chamamos mundo. O mundo é anterior a qualquer separação da pessoa e do mundo no sentido objetivo.”¹⁴² O mundo é anterior a qualquer conceituação (objetiva ou subjetiva) ou descrição que busque descrever as entidades que o compõe. Diz Palmer:

“Não podemos descrever o mundo tentando enumerar as entidades que o formam; num processo desse tipo o mundo seria ignorado pois ele é justamente aquilo que é pressuposto em todo acto de conhecer uma entidade. Todas as entidades do mundo são captadas como entidades em termos de mundo, sendo este algo já dado. As entidades que formam o mundo físico do homem não são o mundo mas estão no

¹³⁸ HEIDEGGER, Martin. op. cit., 1993, p. 207.

¹³⁹ HEIDEGGER, Martin. op. cit., 1993, p. 207.

¹⁴⁰ CORETH, Emerich. op. cit., 1973, p. 23.

¹⁴¹ Conceito desenvolvido no capítulo terceiro do *Ser e Tempo*.

¹⁴² PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 137.

mundo. Só o homem tem mundo”.(grifei)¹⁴³

O mundo (oculto, despercebido e pressuposto) é o que confere sentido ao que se manifesta, sendo por esta razão impossível conceber a compreensão independente do mundo, já que ambos são “[...] *partes inseparáveis da constituição ontológica da existência do Dasein*.”¹⁴⁴ O sentido de algo - a significação - conferido por sua relação e interação com a totalidade de significados, é apenas percebido quando ocorre uma ruptura com a totalidade (sentido como “ganhar luz”, “tornar-se claro” – o fenômeno revelado). Este é o momento da experiência hermenêutica, quando o ser se revela, não como resultado de um ato (olhar) contemplativo, mas quando há um rompimento com a totalidade dos significados, que lhe permite deixar de ser oculto, sendo inserido no contexto funcional do mundo, diz Heidegger, o mundo compartilhado. O ato hermenêutico, experiência existencial, portanto, resulta das rupturas que permitem o esclarecimento do ser, cujo espaço é o da temporalidade e historicidade – espaço da significação, compreensão e interpretação.¹⁴⁵

A mudança de paradigma filosófico inaugurado por Heidegger no *Ser e Tempo*, como resultado do rompimento com a metafísica, o conduziram a propor uma nova racionalidade, fazendo com que a questão da compreensão ultrapasse as concepções até então construídas. A partir de Heidegger, a compreensão deixa de ser um processo mental para tornar-se ontológico, é tomada como “[...] *um passo prévio indicativo do acto de “fundamentação – revelação” com o qual se completa a definição anterior*.”¹⁴⁶ A incorporação do círculo hermenêutico no centro da discussão filosófica, diz Stein: “[...] *mudou o modelo condutor da matriz teórica da filosofia*.”¹⁴⁷ O novo universo do sentido dá-se a partir do ser-no mundo que opera com a totalidade da *prática* (pré-compreensão)

¹⁴³ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 137.

¹⁴⁴ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 137.

¹⁴⁵ Embora é de grande relevância a idéia de Heidegger sobre a mundanidade de mundo, tema tratado no capítulo III do *Ser e Tempo*, sendo este um dos temas centrais de sua obra, no âmbito do presente trabalho não cabe adentrar pela exploração desta temática, sugerindo-se a leitura do capítulo mencionado.

¹⁴⁶ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 145.

¹⁴⁷ STEIN, Ernildo. op.cit., 1990, p. 45.

fundamental.¹⁴⁸

Esta nova provocação contra a hermenêutica tradicional feita por Heidegger, foi exatamente o ponto de partida para o trabalho desenvolvido por Gadamer, por ter a compreensão se tornado o caráter ôntico original da própria vida humana, revelando-se (tornando-se visível) de maneira inédita a estrutura da compreensão histórica na totalidade de sua dimensão ontológica. A tarefa hermenêutica a partir de Heidegger abre-se à alteridade, que inclui a apropriação do prévio (antecipações – visão prévia, posição prévia e concepção prévia) como possibilidade de confronto da verdade. Os novos caminhos da compreensão abertos por Heidegger – o entender a existência em sua finitude e precariedade como pertencentes a uma forma primária de compreender – enraizados no histórico e ontológico, conduzem a possibilidades hermenêuticas que permitem a interpretação, não mais como a busca do sentido mas como revelação da pré-sença existencial.

Estas idéias são o ponto de apoio de Gadamer, que introduzem na hermenêutica o compreender histórico existente - no ser humano e no mundo circundante. O ato interpretativo como compreensão histórica simultânea à auto-revelação própria da existência e revelação da identidade temporal e finita são os pilares da hermenêutica dialética gadameriana, que rejeita a hermenêutica de investigação metodológica, definindo-a como a exploração filosófica do caráter e das condições fundamentais da compreensão. Para as ciências humanas em geral, e no Direito em particular como adiante será discutido, as revolucionárias perspectivas filosóficas de Gadamer, desmistificam a tradicional concepção de verdade associada à noção de método, obrigando necessariamente a estas ciências trazerem ao centro de sua discussão a questão da compreensão e da filosofia.

¹⁴⁸ Diz STEIN, na obra supra mencionada, p. 14, a respeito da ruptura paradigmática do sentido feita por Heidegger: : *“O sentido do ser acompanha o ser-no mundo, não tanto como questão a ser resolvida, mas como forma (...) que é a condição de possibilidade da compreensão que o ser-á tem de si, dos utensílios que maneja e dos entes simplesmente intra-mundanos. Os existenciais como modos do ser do ser-á são cooriginários com a compreensão que o Dasein tem de si em seu ter-que-ser: a compreensão de seu ser é já sempre tarefa. E antes que o Dasein teorize ou exponha no discurso o mundo, ele já possui uma compreensão de si, dos utensílios com que lida. Esta estrutura que Heidegger chama de “como hermenêutico” que é mais originária que o “como apofânico” do dizer, compromete o Dasein com o mundo, numa relação anterior a teoria e práxis [...] Aqui se apresenta a questão paradigmática na qual é substituída a relação com o mundo através da consciência da representação que sempre chegam tarde. Esta é a marca de Ser e Tempo”.*

1.3. A Hermenêutica Crítica Dialética de Hans-Georg Gadamer

Hans-Georg Gadamer, nascido em Marburgo em 1900, professor em Leipzig (1939), Frankfurt (1947) e Heidelberg (1949), sua formação inicial se situou no horizonte da influência kantiana, da fenomenologia e dos estudos gregos. Tendo estudado inicialmente filosofia em Breslau e Marburgo com Natorp e Hartmann, posteriormente foi discípulo de Husserl e Heidegger. Uma de suas grandes contribuições filosóficas é a que se refere ao estudo das condições de possibilidade da compreensão e interpretação, que tem como ponto culminante publicação de *Verdade e Método – Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica* em 1968, provocando substanciais e significativas transformações na moderna teoria hermenêutica. Gadamer abandona definitivamente a concepção de hermenêutica como base metodológica das ciências do espírito, herdada pelo pensamento diltheyano, para concebê-la como processo ontológico humano. A concepção hermenêutica cinde-se em dupla possibilidade: uma voltada para os métodos interpretativos e outra filosófica que pretende esclarecer e avaliar os fenômenos da compreensão.

Embora sem desejar oferecer princípios ou linhas metodológicas para as ciências sociais, Gadamer no prefácio da 2ª edição de *Verdade e Método*, em resposta às reações críticas, esclarece:

“Não foi minha intenção desenvolver uma “doutrina da arte” do compreender, como pretendia ser a hermenêutica antiga. Não pretendia desenvolver um sistema de regras artificiais, que conseguissem descrever o procedimento metodológico das ciências do espírito, ou até guia-lo. Minha intenção também não foi de investigar os fundamentos teóricos do trabalho das ciências do espírito, a fim de transformar o conhecimento usual em conhecimento prático. [...] Minha intenção verdadeira, porém, foi e é uma intenção filosófica: O que está em questão não é o que nós fazemos, mas o que nós deveríamos fazer, mas o que, ultrapassando nosso querer e fazer, nos sobrevém, ou nos acontece.

[...]O espírito metodológico da ciência impõem-se por toda parte. Assim, de longe, não me veio a mente negar a premência ineludível do trabalho metodológico, dentro das assim chamadas ciências do espírito....A questão colocada aqui quer descobrir e tornar consciente algo que permanece encoberto e desconhecido por aquela disputa sobre os métodos, algo que, antes de traçar limites e restringir a

*ciência moderna, precede-a e em parte torna-a possível”.*¹⁴⁹

Com tal declaração, Gadamer torna explícito que, embora não menospreze a discussão metodológica no âmbito doutrinário hermenêutico, a tarefa a que se lança compreende a hermenêutica, não como “[...]uma doutrina de métodos das ciências do espírito, mas a tentativa de um acordo sobre o que são na verdade as ciências do espírito, para além de sua autoconsciência metódica, e o que as vincula ao conjunto da nossa experiência de mundo.”(grifei)¹⁵⁰. Por outras palavras, pretende discutir as ciências sociais para além da questão metodológica, descobrindo o tipo de compreensão e de verdade que encerram. A verdade para além do método: este é o debate que estará presente ao longo de sua obra.

Na Introdução de *Verdade e Método*, salienta Gadamer que o problema da hermenêutica, desde sua origem, manteve-se dentro dos limites impostos pelo conceito metodológico da ciência moderna, sem atentar para o fato de que “[...]o fenômeno hermenêutico não é, de forma alguma, um problema de método”¹⁵¹, na medida em que, “[...]entender e interpretar os textos não é somente um empenho da ciência, já que pertence claramente ao todo da experiência do homem no mundo.”¹⁵² Nesta esteira de pensamento, o problema hermenêutico não se limita meramente à “[...]estruturação de um conhecimento seguro, que satisfaça aos ideais metodológicos da ciência”¹⁵³, mas sobretudo, se relaciona com o fenômeno da compreensão enquanto meio de estabelecer juízos e verdades.

Gadamer aborda a hermenêutica em uma nova perspectiva, pretendendo discutir as condições e possibilidades do conhecimento a partir da compreensão enquanto experiência humana. Seu projeto não é o de oferecer uma teoria geral de interpretação ou apresentar uma nova doutrina acerca dos métodos, mas estabelecer o que há

¹⁴⁹ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 14-15.

¹⁵⁰ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 34.

¹⁵¹ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 31.

¹⁵² GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 31.

¹⁵³ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 31.

de comum nas diferentes maneiras de compreender e “[...]mostrar que a compreensão jamais é um comportamento subjetivo frente a um “objeto” dado, mas frente à história efetual, e isto significa, pertence ao ser daquilo que é compreendido.”¹⁵⁴ Neste ponto, Gadamer aproxima-se de Heidegger, tomando a discussão acerca da compreensão enquanto experiência humana e *práxis* da vida, sob um aspecto fundamental e preliminar de qualquer conhecimento:

*“A analítica temporal da existência (Dasein) humana, que Heidegger desenvolveu, penso eu, mostrou de maneira convincente que a compreensão não é um modo de ser, entre outros modos de comportamento do sujeito, mas o modo de ser da própria pré-sença (Dasein). O conceito “hermenêutica” foi empregado, aqui, nesse sentido. Ele designa a mobilidade fundamental da pré-sença, a qual perfaz sua finitude e historicidade, e a partir daí abrange o todo de sua experiência de mundo. Que o movimento da compreensão seja abrangente e universal não é uma arbitrariedade ou uma extrapolação constitutiva de um aspecto unilateral, mas está, antes, na natureza da própria coisa”.*¹⁵⁵

A hermenêutica gadameriana, desenvolvida na segunda parte de *Verdade e Método*, pode ser compreendida metodologicamente a partir de dois aspectos: a presença de elementos heideggerianos e seu caráter dialético. Segundo Hekman¹⁵⁶, Gadamer herda de Heidegger três elementos: O primeiro deles é a descoberta de que o horizonte do ser é o tempo, o que permitiu a superação do principal entrave da fenomenologia de Husserl – a ausência de fundamento ontológico. Heidegger ao colocar o ser em sua relação de mundanidade, muda a concepção fenomenológica, já que sua ontologia fundamental está firmemente baseada no próprio mundo, o que serve a Gadamer como ponto de partida para o que chama de “hermenêutica da facticidade”, que posteriormente será incorporado em sua “historicidade da compreensão”.

Com Heidegger, superada toda metafísica precedente, ressuscitando o

¹⁵⁴ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 19.

¹⁵⁵ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 16.

¹⁵⁶ HEKMAN, Susan. **Hermenêutica e Sociologia do Conhecimento**. Tradução de Luís Manuel Bernardo. Lisboa: Edições 70, s/d., p. 151-152.

ser, o conceito de compreensão deixa de ser metódico para adquirir um caráter ôntico original da própria vida humana.¹⁵⁷ Esta ruptura heideggeriana redimensiona o sentido da compreensão, e é exatamente este novo aspecto da hermenêutica que Gadamer busca desenvolver em seu trabalho. Neste sentido vai a seguinte afirmação:

“Compreender não é um ideal resignado da experiência da vida humana na idade avançada do espírito, como em Dilthey, mas tampouco, como em Husserl, um ideal metódico último da filosofia frente à ingenuidade do ir-vivendo, mas ao contrário, é a forma originária de realização da pré-sença, que é ser-no-mundo. Antes de toda diferenciação da compreensão nas diversas direções do interesse pragmático ou teórico, a compreensão é o modo de ser da pré-sença, na medida em que é poder-ser e “possibilidade”.

Diante do pano de fundo dessa análise existencial da pré-sença, com todas as suas amplas e mal exploradas conseqüências para os interesses da metafísica geral, de repente o círculo de problemas da hermenêutica das ciências do espírito porta-se totalmente diferente. Nosso trabalho tem por escopo desenvolver esse novo aspecto do problema hermenêutico”. (grifei)¹⁵⁸

A questão da interpretação transcendental da compreensão de Heidegger, permite que o problema hermenêutico ganhe um caráter universal e histórico, já que na compreensão, todas as vinculações concretas (costumes e tradições) e suas correspondentes possibilidades tornam-se operantes. Para Gadamer este é o sentido existencial do estar-lançado.¹⁵⁹ A hermenêutica da facticidade tem sua *finesse*, como diz Gadamer, na impossibilidade do ser em retroceder para trás da facticidade deste ser¹⁶⁰, sendo esta a premissa insuperável encontrada pela pré-sença em seu projetar-se. Esta finitude histórica, não como limitação mas como princípio interpretativo, é que conduz Gadamer a conceber a historicidade da compreensão como um princípio hermenêutico.¹⁶¹

¹⁵⁷ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 393.

¹⁵⁸ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 392-393.

¹⁵⁹ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 399.

¹⁶⁰ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 399.

¹⁶¹ A elevação da historicidade da compreensão como princípio hermenêutico é tratado na 2ª parte do capítulo II de *Verdade e Método*.

O segundo elemento é a descoberta de Heidegger da pré-estrutura da compreensão enquanto possibilidade de correta interpretação, na medida em que o intérprete deve manter-se atento “[...]à coisa, através de todos os desvios a que se vê constantemente submetido o intérprete em virtude das idéias que lhe ocorram. Quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo.”¹⁶² A elaboração de um projeto prévio a partir da compreensão colocada em um texto, revisado pelo intérprete – conceitos prévios substituídos por outros mais adequados – faz da interpretação um constante reprojetar, que evita os erros das opiniões prévias não confirmadas nas “próprias coisas”. Esta é a tarefa permanente da compreensão: elaborar os projetos corretos e adequados às coisas, que como projetos são antecipações que apenas devem ser confirmadas “nas coisas”

Gadamer define a pré-estrutura da compreensão como *preconceito*, “[...]um juízo (Urteil) que se forma antes da prova definitiva de todos os momentos determinantes segundo a coisa”¹⁶³. Esta mediação que conecta o sujeito com a coisa a ser compreendida, tradicionalmente associada a falso juízo, portanto, como forma negativa de preconceito, é herdada da dúvida cartesiana e incorporada na ciência moderna. O descrédito dado ao preconceito resulta da crença professada pela ciência de reconhecer e garantir apenas os juízos a que o método confere certeza e dignidade. O que induz ao erro (falso juízo), diz Gadamer, é tanto o respeito humano como a precipitação que existe em nós mesmos¹⁶⁴. O respeito à autoridade no âmbito interpretativo, como resultado da tradição cristã que assumiu o princípio de autoridade como legitimidade interpretativa, é uma dificuldade, pois, “[...]pelo mero fato de que a fixação por escrito contém em si própria um momento de autoridade de peso determinante”.¹⁶⁵ Como forma de superação, a ciência moderna passou a crer que é necessário um empenho crítico muito especial para que o intérprete possa se libertar do preconceito tradicionalmente cultivado para ser capaz de diferenciar a verdade da opinião: “[...]Seja como for, [...]é não deixar valer autoridade alguma e decidir tudo diante do

¹⁶² GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 402.

¹⁶³ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 407.

¹⁶⁴ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p.408-409.

¹⁶⁵ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 409.

tribunal da razão.”¹⁶⁶ Nesta ótica, nenhuma possibilidade de verdade pode valer por si mesma, já que depende da credibilidade conferida pela razão.

Apesar de encontrar dignidade no combate à falsa e prévia aceitação do antigo - da autoridade -, considerando, sobretudo, as consequências da Reforma de Lutero, embora limitadas às pretensões da razão, por “[...]descartar precipitadamente as verdades sem outro motivo que o de serem antigas e o de serem atestadas por autoridades[...]”¹⁶⁷, Gadamer reconhece os motivos da oposição entre a fé na autoridade e o uso da razão. Entretanto, afirma que isto não permite excluir da autoridade e tradição o reconhecimento de se constituir uma fonte de verdade.¹⁶⁸ A autoridade, diz Gadamer, é em primeiro lugar, um atributo das pessoas que não tem seu “[...]fundamento último num ato de submissão e de abdicação da razão, mas num ato de reconhecimento e de conhecimento: reconhece-se que o outro está acima de nós em juízo e perspectiva e que, por consequência, seu juízo precede, ou seja, tem primazia em relação ao nosso próprio.”¹⁶⁹ Com isto, reconhece que autoridade não tem a ver apenas com submissão ou obediência, mas com conhecimento, não devendo ser descartada a possibilidade de ser melhor.

Tal vínculo com os postulados herdados pela tradição (preconceitos) ao serem re-projetados (o sentido positivo de juízo) permite, para Gadamer, a compreensão da história e conhecimento de si mesma, como unidade de efeitos recíprocos: “[...]como algo radicalmente novo, mas antes, como um momento novo dentro do que sempre tem sido a relação humana com o passado.”¹⁷⁰ É a finitude humana que não se apaga. Permite não apenas a investigação, mas sobretudo, a mediação com o passado. Isto é o que satisfaz, segundo Gadamer, nossa consciência histórica. Um processo de confronto que permite ao novo vir à luz “[...]pela mediação do antigo, constituindo assim, um processo de

¹⁶⁶ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 410.

¹⁶⁷ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 417.

¹⁶⁸ Neste ponto, Gadamer justifica que todo combate a autoridade e tradição é vinculada ao pensamento de Descartes, que excluiu as coisas da moral da pretensão de reconstruir completamente a verdade a partir da razão.

¹⁶⁹ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 419.

¹⁷⁰ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 424.

comunicação cuja estrutura corresponde ao modelo do diálogo."¹⁷¹

O terceiro elemento de Heidegger que chama a atenção de Gadamer é sua concepção de círculo hermenêutico. Hekman chama a atenção para o fato de que, ao contrário dos demais filósofos hermenêuticos, Gadamer não se alonga na exploração deste tema. Comenta Hekman:

*"A razão para tal pode encontrar-se na definição de Heidegger deste conceito. Heidegger torna claro que o círculo hermenêutico não é uma armadilha, ou seja, não é um «vício», porque não descreve um problema metodológico. Entendido em termos da oposição sujeito-objecto, o círculo hermenêutico só pode surgir como «vicioso». Heidegger, todavia, redescreve o círculo hermenêutico como «um elemento ontológico estrutural da compreensão». Para Heidegger e também para Gadamer, o círculo hermenêutico não é um «círculo formal», mas descreve a compreensão como o jogo interno do movimento da tradição".*¹⁷²

Gadamer explora a questão do círculo hermenêutico associada à pré-estrutura da compreensão heideggeriana enquanto realização da própria compreensão. Por ter na reflexão hermenêutica de Heidegger a idéia de círculo hermenêutico um sentido ontológico positivo, vem associada ao processo pré-compreensivo, que lança (projeta) o intérprete ao sentido que prelineia um sentido do todo.¹⁷³ A exploração do elemento da hermenêutica heideggeriana da pré-compreensão – preconceito, acaba por absorver a discussão acerca do círculo hermenêutico, já que deixa de ter a conotação tradicional.

A dialética, segundo aspecto da hermenêutica gadameriana, caracteriza-se, segundo Palmer¹⁷⁴, por pretender um conhecimento enquanto processo participativo, onde o sujeito se envolve (se deixa guiar e é possuído) com seu conhecimento. Entende Palmer, tratar-se de uma dialética que se aproxima mais da socrática do que daquela desenvolvida pelo pensamento moderno.

¹⁷¹ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1998, p. 14.

¹⁷² HEKMAN, Susan, op. cit., s/d. p. 152.

¹⁷³ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999. p. 402.

¹⁷⁴ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 169.

“A verdade não se alcança metodicamente mas dialecticamente; a abordagem dialética da verdade é encarada como a antítese do método; ela é de facto um meio de ultrapassar a tendência que o método tem de estruturar previamente o modo individual de ver. Rigorosamente falando, o método é incapaz de revelar uma nova verdade; apenas explicita o tipo de verdade já implícita no método”.
(grifei)¹⁷⁵

O pressuposto de que o método é meio seguro de legitimação da verdade, ocultando seu caráter instrumental-manipulador-tecnológico, é desmistificado (desocultado) pela dialética gadameriana. *“No método, o tema a investigar orienta, controla e manipula; na dialética, é o tema que levanta as questões a que irá responder. A resposta só pode ser dada se pertencer ao tema e situando-se nele.”*¹⁷⁶ A compreensão, enquanto processo de auto-compreensão, insere o sujeito no objeto, não tomando o sujeito como aquele que apenas tem acesso ao objeto através de um método. Desaparecendo a dicotomia sujeito-objeto, não há que admitir-se o método como algo definido pelo sujeito que constrói o objeto, mas, ao contrário, *“[...]aquele que interroga descobre-se como sendo o ser que é interrogado pelo tema.”*¹⁷⁷ A dialética gadameriana tem como pressuposto os elementos heideggerianos da estrutura do ser e estrutura prévia, como objetivo fenomenológico: a revelação do ser. Sob tal ótica, o método adquire um caráter específico de questionamento capaz de possibilitar através do questionamento (crítica no sentido gadameriano) a revelação da coisa.

Para os diferentes ramos do conhecimento em que necessariamente se coloca a discussão acerca da interpretação, como é o caso da hermenêutica jurídica, as inquietantes e provocantes questões apresentadas por Gadamer não podem passar despercebidas. Porém, não há como abordar a hermenêutica de Gadamer sem enfrentar inúmeras dificuldades. A análise das concepções inter-relacionadas que sustentam seu pensamento, exige profundo e minucioso trabalho, sob pena de superficialidade, equívocos e imperfeições. Com tal certeza, mas optando por enfrentar tais desafios e obstáculos, é que serão a seguir tratados alguns elementos da hermenêutica gadameriana objetivando posterior análise e inserção no pensamento jurídico.

¹⁷⁵ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 169-170.

¹⁷⁶ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 170.

¹⁷⁷ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 170.

Gadamer inicia um ciclo de conferências em 1958 no Instituto Superior de Filosofia da Universidade de Louvain, afirmando ser o aparecimento de “[...]uma tomada da consciência histórica a mais importante revolução pela qual passamos desde o início da época moderna.”¹⁷⁸ Para Gadamer, o homem moderno possui a história de maneira diferenciada do passado, que por seus efeitos, constitui um privilégio. “Os efeitos dessa tomada de consciência histórica manifesta-se, a todo instante, sobre a atividade intelectual de nossos contemporâneos: basta pensarmos nas imensas subversões espirituais de nossa época.”¹⁷⁹ As antagônicas posições teóricas assumidas no debate moderno acerca dos diferentes pensamentos políticos e filosóficos exigem, para uma manifestação compreensiva e coerente a consciência de cada modo particular de pensamento, o que torna absurdo “[...]confinar-se na ingenuidade e nos limites tranquilizadores de uma tradição fechada sobre si mesma, no momento em que a consciência moderna encontra-se apta a compreender a possibilidade de uma múltipla relatividade de pontos de vista.”¹⁸⁰

As ciências humanas – para Gadamer tradução de ciências históricas modernas – se caracterizam por um tipo de reflexão – senso histórico – que busca superar de maneira conseqüente “[...]a ingenuidade natural que nos leva a julgar o passado pelas medidas supostamente evidentes de nossa vida atual[...].”¹⁸¹, já que possuir senso histórico, ou refletir a história, é para Gadamer “[...]pensar expressamente o horizonte histórico coextensivo à vida que vivemos e seguimos vivendo.”¹⁸² Assim, a consciência histórica adquire uma posição reflexiva em relação a tudo que é transmitido pela tradição. Diz Gadamer: “A consciência histórica já não escuta beatificamente a voz que lhe chega do passado, mas, ao refletir sobre si mesma, recoloca-a no contexto em que ela se originou, a fim de ver o significado e o valor relativos que lhe são próprios. Esse comportamento reflexivo diante da tradição chama-se interpretação.” (grifei)¹⁸³ A necessidade de

¹⁷⁸ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1998, p. 16.

¹⁷⁹ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1998, p. 16.

¹⁸⁰ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1998, p. 18.

¹⁸¹ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1998, p. 18.

¹⁸² GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1998, p. 18.

¹⁸³ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1998, p. 18-19.

interpretação se coloca quando o sentido de algo (ex. de um texto) não é imediato, exigindo-se uma atitude reflexiva.

Esta situação de procedimento interpretativo é uma constante na existência humana, vivendo o homem numa superexcitação da consciência histórica. É este verdadeiramente o universo hermenêutico, pois como afirma Gadamer: *“O modo como vivenciamos uns aos outros, como vivenciamos as tradições históricas, as ocorrências naturais de nossa existência e do nosso mundo, é isso que forma um universo verdadeiramente hermenêutico, no qual não estamos encerrados como barreiras intransponíveis, mas para o qual estamos abertos.”*¹⁸⁴

De maneira explícita Gadamer apresenta como fundamento e ponto de partida de seu conceito de “consciência histórica” os elementos heideggerianos de estrutura prévia da compreensão e historicidade (intrínseca) existencial humana. De maneira inovadora, Gadamer põe a estrutura prévia da compreensão relacionada com a historicidade, tomando a história como *“[...]uma consciência que se situa no presente.”*¹⁸⁵ Esta é a mediação que vincula o indivíduo com a compreensão do presente. A consciência histórica é a possibilidade de compreensão do presente outorgada pelo passado, cujo vínculo permite projetar o futuro. *“No hay, por tanto, que levantar puentes que permitan salvar la distancia infranqueable entre pasado y presente y lo que procede hacer es situarse en una forma de comprensión histórica que presencialice la historia al comprenderla y, haciendo tal, la proyecte al futuro.”*¹⁸⁶

Evidencia-se que, em Gadamer, a compreensão operacionalizada a partir da história é tomada como a compreensão do presente a partir dos preconceitos, no sentido positivo gadameriano, transmitidos pelo passado, como um espaço vital cujo elemento é o ser que compreende e a existe. Na compreensão tornam-se operantes as vinculações do

¹⁸⁴ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 35.

¹⁸⁵ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 180.

¹⁸⁶ FERNÁNDEZ-LARGO, Antônio Osuna. **La Hermenéutica Jurídica de Hans-Georg Gadamer**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones Universidad de Valladolid, 1993, p. 52-53. [Trad.: Não há como, portanto, que levantar pontes que permitam salvar a distância insuperável entre o passado e o presente e o que se deve fazer é situar-se de uma forma de compreensão histórica que presencialize a história e, fazendo isso, a projete ao futuro.]

presente com o passado e suas possibilidades de futuro – a pré-sença que se projeta para seu poder-ser sempre “sido”.

*“A hermenêutica de Gadamer e sua crítica à consciência histórica, sustentam que o passado não é um amontoado de factos que se possam tornar objecto de consciência; é antes um fluxo em que nos movemos e participamos, em todo o acto de compreensão. A tradição não se coloca pois contra nós; ela é algo em que nos situamos e pelo qual existimos; em grande parte é um meio tão transparente que nos é invisível – tão invisível como a água o é para o peixe”.*¹⁸⁷

Esta compreensão que opera temporalmente de maneira simultânea no passado, presente e futuro, processando-se de maneira inter-relacional (consciência histórica operativa), não é para Gadamer um processo passivo, mas essencialmente crítico. A verdadeira consciência histórica, como experiência de confronto, é uma oposição do novo ao antigo, que permanece oculto pelos paradigmas dominantes, como resistências que a serem superadas. *“Ela precisa triunfar sobre a tradição sob pena de fracassar por causa dela. O novo deixaria de sê-lo se não tivesse que se afirmar contra alguma coisa”.*¹⁸⁸ O papel da consciência histórica crítica, como forma de permanente interrogação – à qual segundo Gadamer damos o nome de filosofia – que deve ser feita, não significa sempre decidir pelo novo, mas revelá-lo para mediar (processo compreensivo) o passado, presente e futuro.

Assim, o sentido de algo, seja um texto ou obra de arte, é definido pelos questionamentos postos pelo presente, cujos preconceitos herdados pela tradição devem estar abertos em relação ao novo, para que, fenomenologicamente, ocorra a revelação do que insiste em ser ocultado. Esta é uma das tarefas hermenêuticas: “clarificar” o presente dialogando criticamente com o passado, uma integração, lúdica experiência da compreensão, onde o presente interpela o passado, cuja essência é a de abrir e manter abertas as possibilidades diante dos preconceitos questionados, permitindo que os efeitos desta postura dialógica conduzam ao auto-conhecimento. Assim, a compreensão é essencialmente uma forma de efeito sobre si mesmo.¹⁸⁹

¹⁸⁷ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 180.

¹⁸⁸ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1998, p. 14.

¹⁸⁹ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, trata a respeito do princípio da história efetual em p.449-458.

Para Gadamer o ser histórico, ao compreender, experimenta duas realidades separadas por uma distância temporal, que não são apenas “duras paredes” que impedem a mobilização compreensiva, mas antes e simultaneamente, são objetivações de vida que sustentam o indivíduo, “[...]onde ele dá expressão a si mesmo e se reencontra.”¹⁹⁰ A hermenêutica, enquanto mediação da permanente tensão entre o passado e o presente, permite clarificar as condições em que ocorre a compreensão. Tais condições sob as quais ocorre a compreensão constituem o horizonte, âmbito de visão determinado historicamente, que “[...]pode ser um contexto próximo e imediato, isto é, estreitamente limitado, de ação e de significado, o qual, por sua vez, se encontra num contexto mais amplo e o indica, enquanto é por ele condicionado e determinado.”¹⁹¹ É a limitação do presente – finitude de possibilidades –, ponto hermenêutico a partir do qual o intérprete visualiza corretamente suas possibilidades de questionamentos frente a toda tradição.

*“Todo presente finito tem seus limites. Nós determinamos o conceito da situação justamente pelo fato de que representa uma posição que limita as possibilidades de ver. Ao conceito da situação pertence essencialmente, então o conceito de horizonte. Horizonte é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível a partir de um determinado ponto....ter horizontes significa não estar limitado ao que há de mais próximo, mas poder ver além disso. Aquele que tem horizontes sabe valorizar corretamente o significado de todas as coisas que caem dentro deles, segundo os padrões de próximo e distante, de grande e pequeno. A elaboração da situação hermenêutica significa então a obtenção do horizonte de questionamento correto para as questões que se colocam frente à tradição”.*¹⁹²

O intérprete, ao dialogar com o autor de um texto, não busca uma transposição psíquica, mas tem por objetivo conhecer seu horizonte. Diz Gadamer: “E tal como no diálogo, o outro se torna compreensível em suas opiniões, a partir do momento em que se tornou reconhecida sua posição e horizonte, sem que, no entanto, isso implique no fato de que chegamos a nos entender com ele[...]”¹⁹³ Esta essência hermenêutica encerra uma

¹⁹⁰ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 347.

¹⁹¹ CORETH, Emerich. op. cit., 1973, p. 70.

¹⁹² GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 452.

¹⁹³ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 453.

dinamicidade constante. O horizonte presente, em constante processo de formação, (como decorrência dos questionamentos compreensivos) exige um permanente “por à prova” os preconceitos. Uma destas provas, diz Gadamer, é o encontro entre o presente e o passado do qual procedemos (pré-estrutura compreensiva). *“O horizonte do presente não se forma pois à margem do passado. Nem mesmo existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem ganhos.”*¹⁹⁴

A compreensão, para Gadamer, é, portanto, um processo de fusão de horizontes¹⁹⁵, enquanto forma de superação de limites. Os horizontes criados pelo contraste do presente com o passado, são os “frutos” da dialética compreensiva em que, simultânea e reciprocamente, o presente enfrenta e confere significado ao passado. Com esta expressão metafórica gadameriana, quer se afirmar que a compreensão não é um reviver do outro em suas circunstancialidades, mas uma fusão a partir do presente. O horizonte a partir do qual o intérprete interroga, busca um paulatino apropriar-se de outro horizonte, constituindo o diálogo hermenêutico, uma permanente interferência dos horizontes próprios (do intérprete) e de outro (um autor de uma obra) que “ilumina” (permite que se revele) uma nova expressão de algo.

A compreensão, motivada por questionamentos propostos a partir do horizonte presente, implica necessariamente em haver uma tensão no encontro com o anterior. Para Gadamer o horizonte presente não existe por si mesmo, não se forma “[...]à margem do passado[...]”¹⁹⁶, nem tampouco existem horizontes que se destacam uns dos outros; o que há é a permanente tensão no encontro destes dois “pontos de mirada” diferenciados. Aqui é que se coloca a tarefa hermenêutica, a partir do conceito de consciência histórica crítica: não ocultar esta tensão em uma assimilação ingênua, mas desenvolvê-la conscientemente. Esta é a razão por que o comportamento hermenêutico está obrigado a projetar um horizonte que se distinga do presente. O pressuposto desta tarefa é a consciência da própria alteridade, por esta razão, destaca o outro com a mesma consideração de si próprio.

¹⁹⁴ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 457.

¹⁹⁵ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 457.

¹⁹⁶ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 457.

O significado da consciência da alteridade, conceito fundamental na idéia de fusão de horizontes, vincula-se ao pressuposto de que a compreensão, que tem seu início quando algo nos interpela, obriga de uma abertura em relação “ao dizer do outro”, o que implica “desde já” que o “dizer do outro” esteja situado “[...]no sistema de minhas opiniões, ou que eu mesmo me situe em relação a eles.”¹⁹⁷ Ao ler um texto com a autêntica intenção de compreendê-lo, há a expectativa de que nos “[...]informe ou diga algo. Uma consciência formada pela autêntica atitude hermenêutica é sempre receptiva às origens e características totalmente estranhas de tudo aquilo que lhe vem de fora.”¹⁹⁸ Tal receptividade não é adquirida por meio de uma neutralidade objetivista.

*“A atitude hermenêutica supõe uma tomada de consciência com relação às nossas opiniões e preconceitos...É ao realizarmos tal atitude que damos ao texto a possibilidade de aparecer em sua diferença e de manifestar a sua verdade própria em contraste com as idéias preconcebidas que lhe impúnhamos antecipadamente[...] A partir de então, experimentamos com toda a força uma necessidade de construir em nós uma consciência que dirija e controle as antecipações implícitas em nossos procedimentos cognitivos. Com isso nos asseguramos de uma compreensão verdadeiramente válida, já que intimamente ligada ao objeto imediato de nossas intenções. É isso o que Heidegger quer dizer quando afirma que nós asseguramos o nosso tema científico pelo desenvolvimento de nossos conhecimentos adquiridos ou de nossas antecipações segundo as “coisas mesmas”, das quais aquelas constituem o horizonte”.*¹⁹⁹

Assim, a busca do significado em Gadamer segue um caminho diferenciado do que até então se colocava para a tarefa hermenêutica. Desde Schleiermacher a hermenêutica propunha reconstruir na compreensão o sentido de uma obra. Por esta via, a compreensão é tomada como segunda criação (re-produção) do original, o que para Gadamer parece ser algo absurdo: “A reconstrução das condições originais, tal qual toda restauração, é, face à historicidade do nosso ser, uma empresa impotente. O reconstruído, a vida recuperada do alheamento, não é a original.”²⁰⁰ A tarefa hermenêutica, como reconstrução

¹⁹⁷ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1998, p. 63.

¹⁹⁸ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1998, p. 63

¹⁹⁹ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1998, p. 62.

²⁰⁰ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 266.

de um original, é buscar um sentido morto. Compreender como ato de questionamento é colocar uma pergunta “[...]no aberto de sua questionabilidade”²⁰¹, já que, a verdadeira compreensão busca estabelecer uma recuperação, que contém em si “o compreender” de quem interroga – a fusão de horizontes. Por tal razão, o compreender é “algo mais” que uma mera reprodução da opinião alheia. É um compreender a partir das condições históricas – o ponto a partir do qual se visualiza o presente e permite transcendê-lo - de quem pergunta, possibilitando a construção e auto-construção compreensiva.

Para o pensamento pré-heideggeriano, a questão da aplicação era tomada como secundária ou complementar²⁰². Segundo Grondin: “A determinação dos objetivos da compreensão valia, de si, como meramente epistêmica e até noética. Nessa questão era para ser entendido um significado estranho enquanto tal”.²⁰³ A aplicação era tomada como complementação para campos específicos, como o direito – no caso de aplicação da lei – e a teologia. Seguindo o pensamento de Heidegger que toma o compreender como auto-compreensão, para Gadamer compreender é conferir sentido a uma situação que questiona. Portanto, não tem caráter secundário, mas é parte integrante do processo compreensivo; assim, interpretação e aplicação não são momentos distintos, mas coincidentes. “Não existe, primeiro, uma pura e objetiva compreensão de sentido, que, depois, na aplicação aos nossos questionamentos, adquirisse especial significado.A hermenêutica da aplicação obedece, pois, conforme comentário de Gadamer, à dialética da pergunta e da resposta. Entender algo significa ter aplicado algo a nós, de tal maneira que nós descobrimos nisto uma resposta a nossas interrogações.”²⁰⁴

Admitir a interpretação não como ato posterior e complementar à compreensão, mas como momento integrante do processo compreensivo, na esquecida história da hermenêutica, era algo lógico e natural. “O intérprete da vontade divina, aquele

²⁰¹ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 550.

²⁰² Em p. 459 de **Verdade e Método**, Gadamer afirma que a velha tradição hermenêutica, perdida na autoconsciência histórica da teoria pós-romântica, dividia o problema hermenêutico em: compreensão (*subtilitas intelligendi*) e interpretação (*subtilitas explicandi*), sendo que a isso foi acrescentado o elemento aplicação (*subtilitas applicandi*) durante o pietismo.

²⁰³ GRONDIN, Jean. op. cit., 1999, p. 192.

²⁰⁴ GRONDIN, Jean. op. cit., 1999, p. 194.

que sabe interpretar a linguagem dos oráculos, representa seu modelo originário."²⁰⁵ Tomar a compreensão, menos como método de aproximação entre sujeito e objeto para obter um conhecimento objetivo, e mais como um processo em que o pressuposto é o de "estar em", diz Gadamer, significa que *"[...] a própria compreensão se mostrou como um acontecer[...]"*²⁰⁶ Analisando a impossibilidade de distinção entre interpretação cognitiva, normativa e reprodutiva, tal como havia sido proposto por Betti²⁰⁷, apresentam-se dificuldades no momento *"[...]inscrever os fenômenos no momento dessa divisão."*²⁰⁸ Exemplificando-o com a interpretação artística, mostra-se a impossibilidade: *"[...]ninguém poderia realizar essa interpretação re-produtiva sem levar em conta, nessa transposição do texto para uma forma sensível, aquele outro momento normativo, que limita as exigências de uma reprodução artística".*²⁰⁹ Com isto, conclui-se que não se pode deixar de afirmar que a distinção entre interpretação cognitiva, normativa e re-produtiva não possui validade de princípio, já que circunscreve um fenômeno unitário.²¹⁰

Portanto, para Gadamer, aplicação *"[...] não quer dizer aplicação ulterior de algo comum dado, compreendida primeiro em si mesma, a um caso concreto, mas é, antes a verdadeira compreensão do próprio comum que cada texto dado representa para nós. A compreensão é uma forma de efeito, e se sabe a si mesma como tal efeito."*²¹¹ Assim, Gadamer recupera uma hermenêutica que se encontrava restrita ao âmbito intelectual: *"[...]el intérprete no es sólo un reproductor, sino también un actualizador y presencializador del pasado."*²¹² Ao tomar a compreensão enquanto efetivação do próprio ser, voltamos ao conceito de fusão de horizontes. Tentar estabelecer a compreensão de algo, por exemplo de

²⁰⁵ GRONDIN, Jean. op. cit., 1999, p. 460.

²⁰⁶ GRONDIN, Jean. op. cit., 1999, p. 462.

²⁰⁷ Embora a proposta hermenêutica de Emílio Betti tenha contribuído principalmente no âmbito jurídico e seja anterior a Gadamer, pela proposta do presente trabalho, oportunamente serão feitas considerações gerais de seu trabalho.

²⁰⁸ GRONDIN, Jean. op. cit., 1999, p. 462.

²⁰⁹ GRONDIN, Jean. op. cit., 1999, p. 463.

²¹⁰ GRONDIN, Jean. op. cit., 1999, p. 463.

²¹¹ GRONDIN, Jean. op. cit., 1999, p. 505.

²¹² FERNÁNDEZ-LARGO, Antônio Osuna. op. cit., 1993, p. 75. [Trad.: o intérprete não é só um reprodutor, mas também um atualizador e presenciador do passado]

um texto, é questionar a partir do momento presente – compreender-se “desde” e “a partir de” – que imediatamente se funde ao passado e “ausente”.

A hermenêutica da aplicação gadameriana segue a lúdica dialética do interrogar: compreender algo é aplicar algo a quem questiona e ao que questiona. Conforme já visto, não há a interrogação (compreensão-interpretação) sem uma motivação, tal qual acreditou o positivismo, e a resposta é a “iluminação” consciente de tais motivações – expectativas de sentido – carregando, assim o intérprete em sua interpretação a aplicação de seus próprios conceitos e daqueles que busca simultaneamente.

Considerando como núcleo da questão hermenêutica a relação entre o geral e o particular, que no plano lógico, toma a compreensão como problema (caso especial) “[...] *da aplicação de algo geral a uma situação concreta e particular*”²¹³, entende Gadamer que adquire relevância a ética aristotélica. Referindo-se à *Ética a Nicômacos*, em especial ao Livro VI, salienta a preocupação de Aristóteles, embora não centralizada na questão hermenêutica, em estabelecer o papel assumido pela razão no comportamento ético, sendo este o ponto em que se revelam aspectos importantes para a hermenêutica.

*“Ao criticar o intelectualismo socrático e platônico presente na questão do bem, Aristóteles se torna o fundador da ética como disciplina independente da metafísica. Mostrando tratar-se de uma generalidade vazia, ele opõe à idéia platônica do bem o bem humano, isto é, o bem com relação à atividade humana. Essa crítica se dirige, portanto, contra a identificação da virtude com o saber, da Areté com o Logos, tal como definida pela ética socrática-platônica. Ao definir o elemento fundamental da consciência ética do homem como Orexis, como «desejo» e como organização desse desejo em uma atitude inalterável, em uma Hexis, Aristóteles recoloca a doutrina de seus mestres em sua justa proporção. Lembremos que, segundo a teoria de Aristóteles, são a repetição e o hábito que se encontram na base da Areté, o que mostra o significado do próprio nome «ética»”.*²¹⁴

Por ser o comportamento humano essencialmente ético, isto o torna distinto do ser natural, “[...] *por não se constituir simplesmente como um conjunto de*

²¹³ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 464.

²¹⁴ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1998, p. 48.

capacidades ou forças operantes."²¹⁵ O homem torna-se o que é pelo "como agir", portanto, havendo oposição entre o *ethos* e a *physis*. O agir humano não é comandado por regras, "[...]a não ser a mutabilidade e regularidade limitada das posturas humanas e suas formas de comportamento".²¹⁶ Assim, o problema colocado por Aristóteles levanta a possibilidade de um conhecimento filosófico do homem como ser ético e a função do saber no comportamento humano.

A tarefa que se impõe é a de avaliar o comportamento em uma situação concreta a partir de um conhecimento, que por sua generalidade, não leva em conta a aplicação a um caso particular. *"Negativamente isto significa que um saber geral que não saiba aplicar-se à situação concreta permanece sem sentido, e até ameaça obscurecer as exigências concretas que emanam de uma determinada situação."*²¹⁷ Para evitar a perda de sentido deste saber geral, exige-se que o indivíduo, principalmente aquele envolvido com as ciências éticas, conheça a si mesmo e compreenda seu agir. Ouvindo Aristóteles, é necessário que este indivíduo tenha maturidade existencial, para saber que uma indicação oferecida, no dizer de Gadamer, não pode lhe oferecer mais do que esta pode e deve dar; e, por outro lado, se faz necessário, "[...]já ter desenvolvido uma atitude em si mesmo[...]"²¹⁸. Isto é o que o mantém em seu agir e o orienta em cada nova ação.

*"Como se vê, de acordo com o princípio geral de Aristóteles, o método que ele segue é definido em função do objeto. Isto nos interessa sobretudo para compreender, segundo o exposto por Aristóteles em sua Ética, a relação entre o ser ético e o saber ético. Aristóteles permanece socrático e platônico na medida em que, o conhecimento é momento essencial do comportamento ético. É o equilíbrio que ele realiza entre a herança socrático-platônica e sua concepção própria de Ethos que vai constituir o objeto de nossas análises seguintes".*²¹⁹

²¹⁵ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1998, p. 48.

²¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 466.

²¹⁷ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 466.

²¹⁸ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 467.

²¹⁹ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1998, p. 49.

Aristóteles ao distinguir o saber ético da *Phronesis* e o teórico-científico da *Epistémé*, evidencia, à luz do conceito grego de “ciência” (o conhecimento imutável, fundado na demonstração, acessível à todos), o que são as “ciências morais”. O objeto de tais ciências é o saber que o homem tem de si mesmo e, por via de consequência, de sua ação. Este direcionamento do que fazer através do saber, chamado pelos gregos de *Techné*, constitui um tipo de saber que permite produzir a si mesmo – o que deve ser – o projeto de suas possibilidades. Caracteriza-se, portanto, como um saber prévio que pretende determinar e guiar um agir.²²⁰

Neste ponto, questiona Gadamer, se haveria semelhança entre o homem que faz de si mesmo o que deve ser e um artesão que determina sua ação em função de um projeto pré-concebido. Evidentemente, diz Gadamer, “[...]o saber ético e saber técnico possuem em comum o fato de não se constituírem como saberes abstratos, mas, ao determinarem e dirigirem a ação, implicam um saber prático modelado segundo a medida de sua tarefa concreta.”²²¹ Este é o ponto que aproxima a ética aristotélica do problema hermenêutico.

Haveria nexos entre a hermenêutica, que traz de maneira intrínseca a aplicação e o conhecimento prévio, e o saber ético e técnico? Gadamer encontra na análise aristotélica da *phronesis* três elementos para responder a tal pergunta. Primeiro: a *techné* se aprende, mas também pode-se esquecer, pode-se perder a habilidade. Já o saber ético não se perde nem tampouco se esquece. “Não nos confrontamos com ele de maneira que dele possamos nos apropriar ou não nos apropriar, da mesma forma que se pode eleger um saber objetivo, uma *tekne*”.²²² O sujeito da *Phronesis* encontra-se em “ação numa situação”, ou seja, está obrigado sempre e previamente a possuir um saber ético para o aplicar numa situação concreta. Porém, esta é uma questão problemática para Gadamer, já que, não se pode aplicar o que não se possui, e o saber ético não é algo de que se pode dispor ou escolher entre usar ou não.

²²⁰ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 469.

²²¹ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1998, p. 50.

²²² GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 472.

*“Assim, se é verdade que a imagem que o homem forma de si mesmo, quer dizer, do que ele quer e deve ser, é constituída por idéias diretrizes como as de “justo” (recht) e injusto, coragem, solidariedade etc..., admitir-se-á facilmente que há uma diferença entre essas idéias e aquelas que o artesão concebe do preparar um plano para a execução de seu trabalho. Basta pensarmos, para confirmar tal diferença, na maneira pela qual temos consciência do que é “justo”. O que é “justo” é totalmente relativo à situação ética que nos encontramos. Não se pode afirmar de um modo geral e abstrato quais ações são justas e quais não são: não existem ações justas “em si”, independentemente da situação que as reclame”.*²²³

Portanto, os conceitos que orientam o agir humano não se constituem num ideal arbitrário, mas determinado pelos vínculos morais e políticos a partir dos quais ele adquire sentido. Este tipo de conhecimento não é ainda, algo que se possa ensinar, pois isto apenas valeria pela pretensão de generalidade que só se concretizaria na situação concreta e particular que atua. “Não são portanto normas escritas nas estrelas ou que tivessem seu lugar inalterável nalgum mundo ético natural, como se estivessem à disposição da percepção”.(grifei)²²⁴ Por outro lado, tais conceitos por não constituírem meras convenções, sua determinação depende da consciência de seu uso e aplicação.²²⁵

A segunda diferenciação possível entre saber ético e técnico dá-se através da relação conceitual entre meio e fim. Ao contrário do saber técnico, o saber ético não é “particular”, na medida em que determina toda conduta humana, além de que, diz Gadamer, na atividade técnica não se exige uma ponderação para uma nova ação, pois o indivíduo já é “entendido” nessa ação.

“Quando há uma tekne, é preciso que a aprendamos, e com isso saber-se-á também eleger os meios idôneos. Pelo contrário, o saber ético requer sempre, ineludivelmente, esse buscar conselho consigo próprio. Ainda que se pensasse esse saber em um estado de perfeição ideal, esta seria a perfeição desse aconselhamento consigo próprio [...], e não num saber tipo técnico [...]

²²³ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1998, p. 52.

²²⁴ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 476.

²²⁵ Cabe salientar que Gadamer ao abordar esta questão, faz uma análise relativa ao direito, como aplicação do justo. Porém, os conceitos jurídicos trabalhados por Gadamer serão adiante considerados ao se tentar estabelecer a relação entre a hermenêutica filosófica de Gadamer e a hermenêutica jurídica.

*O saber ético não poderá nunca revestir o caráter prévio, próprio dos saberes suscetíveis de aprendizagem. A relação entre meio e fim não aparece aqui nos moldes daquilo que se pode dispor com anterioridade de um conhecimento dos meios idôneos, e isso pela razão de que o saber do fim idôneos não é, por sua vez, mero objeto de um saber. Não existe uma determinação prévia daquilo em que a vida no seu todo está orientada”.*²²⁶

Neste sentido, através do fim – dado pela atualidade – é que o saber ético se realiza, não sendo, portanto, um saber dogmático, contribuindo a razão ética, essencialmente para a validade dos fins. Entretanto, chama a atenção Gadamer que este saber não é da visão sensível, “[...]ainda que tenhamos de ver em cada situação o que esta nos está pedindo, esse ver não significa que percebamos o que nessa situação é o visível como tal, mas que aprendemos a vê-la como situação da atuação e, portanto, à luz do que é correto.”²²⁷ A percepção ética de uma situação não é desprovida de significado, mostrando-se como situação de um agir segundo a consciência que perpassa a situação. Um “ver” orientado para o bem, ao contrário da cegueira das paixões e ilusões. O homem que perde o controle – a *mantiké* no sentido grego – não é capaz de agir com retidão.

Portanto, o saber ético, que engloba os meios e fins de maneira unitária, é o oposto de um saber técnico, não havendo “[...]mais nenhum sentido em distinguir entre saber e experiência, o saber ético já é em si mesmo uma espécie de experiência. Trata-se mesmo de uma forma absolutamente primordial de experiência, em relação à qual todas as outras experiências talvez sejam formas secundárias, não originais.”²²⁸

A terceira diferenciação é saber se a reflexão ética possui uma relação consigo mesma – um “saber-para-si” – absoluta. Na análise aristotélica, acompanha a *phonesis* a ponderação reflexiva como um entendimento. “O entendimento (*Verständnis*) é introduzido como uma virtude do saber ético, na medida em que aqui já não se trata do eu-mesmo, que deve agir.”²²⁹ Acompanha a compreensão ética uma modificação intencional do

²²⁶ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 477.

²²⁷ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 478-479.

²²⁸ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1998, p. 55.

²²⁹ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 480.

saber ético, quando o que está em questão é “um saber para outro” e não um “saber para mim” (*Synesis*), por outras palavras, quando há um deslocamento completo para uma situação concreta momentânea.

*“Compreender o outro, como fenômeno original, não é o simples conhecimento técnico do psicólogo ou a experiência diária que possuem, igualmente, o “malicioso”, o “astuto”. A compreensão do outro supõe o engajar-se numa causa justa e, através desta, a descoberta de um vínculo com o outro. Esse vínculo se concretiza no fenômeno do “conselho moral”.....Segundo Aristóteles, a compreensão dá lugar a dois fenômenos correlativos que são os seguintes: o espírito de discernimento da situação em que o outro se encontra, e a tolerância ou indulgência dele resultante”.*²³⁰

Este “pertencimento ao outro” é tomado por Aristóteles em caráter virtuoso, demonstrando que a forma degenerada da *phronesis* é o *deinos* – o que usa sua habilidade para tirar vantagens de uma situação -, um poder sem freios e sem orientação, “[...]usa e abusa de seu poder sem nenhuma consideração ética.”²³¹ E finaliza Gadamer: “Não há nada mais assustador do que o gênio que não leva em conta o bem e o mal”.²³²

Como conclusão, a descrição aristotélica do saber ético apresenta-se como espécie de modelo dos problemas inerentes à tarefa hermenêutica²³³. O intérprete se encontra numa situação em que deve compreender o geral – o que a tradição diz – para que tenha significado e sentido o particular presente. E para tanto, “[...]ele não deve querer ignorar a si mesmo e a situação hermenêutica concreta, na qual se encontra”.²³⁴ Para Gadamer, a abordagem aristotélica do fenômeno ético e o tipo de saber que lhe é inerente, constitui excelente modelo para orientar a tarefa hermenêutica. Assim como na concepção aristotélica, na hermenêutica a aplicação não pode ser considerada como atividade subsidiária, que acrescenta algo à compreensão. Aplicar, diz Gadamer, não é o ajuste de uma generalidade

²³⁰ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1998, p.56.

²³¹ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1998, p. 56.

²³² GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1998, p. 56.

²³³ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 481.

²³⁴ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 482.

dada antecipadamente capaz de “desembaraçar os fios” de uma situação particular.²³⁵

Inicia Gadamer a exposição do conceito de experiência afirmando: “[...]o conceito da experiência me parece um dos menos que possuímos. Devido ao papel orientador que desempenha na lógica da indução, para as ciências da natureza, viu-se submetido a uma esquematização epistemológica que me parece encurtar amplamente seu conteúdo originário.”²³⁶ A deficiência da teoria da experiência está no fato de que é orientada para a ciência, não se deu conta da historicidade interna da experiência, buscando torná-la independente da historicidade. “No experimento natural-científico consegue-se isso através do modo de seu aparato metodológico”.²³⁷ Com isto, toma-se a experiência como algo objetivo, que pode ser repetida pelos indivíduos de maneira a-temporal e a-histórica.

Assim, para a ciência moderna, a experiência apenas é válida “[...]na medida em que se confirma; neste sentido sua dignidade repousa na sua reprodutividade principal.”²³⁸ Opondo-se a este mito (do verificável e conceitual), Gadamer desenvolve um conceito de experiência dialética e histórica, inserindo como elemento nuclear a referência a novas experiências.. Citando Hegel, Gadamer define experiência como: “O movimento dialético que a consciência realiza consigo mesma, tanto em seu saber como em seu objeto, na medida em que para ela o novo objeto verdadeiro surge daí, é, na realidade o que

²³⁵ A respeito da análise gadameriana da ética aristotélica, a obra **Aristóteles no Século XX** de Enrico Berti fornece elementos significativos para uma crítica à “reabilitação” da filosofia prática de Aristóteles pretendida por Gadamer, mostrando como a preocupação de Gadamer vincula-se às influências de Heidegger. A redução gadameriana da filosofia aristotélica à prática e a reabilitação da filosofia prática por ele proposta, elimina o momento dialético, ou seja, a discussão, a crítica e às contingências sociais, reduzindo a intuição ao juízo do homem sábio. Salienta Berti: *É evidente que, se a interpretação dada por Gadamer, Ritter, Bubner e Bien é correta, as acusações de conservadorismo dirigidas à filosofia prática de inspiração aristotélica podem parecer justificadas, porque a consideração do ethos em vigor como critério de moralidade equivale praticamente à justificação do regime sociopolítico vigente.* (p. 268) Tal interpretação é contestada por Höffe, que afirma que se é verdade que a *phrónesis* para Aristóteles conforme-se ao *ethos* existente, isto não vale para a filosofia prática, já que justamente o que coloca em discussão é o *ethos*, ainda que legitimado pela ética dos virtuosos. A respeito de uma série de problemas, a concepção aristotélica suas reflexões colocam em contraste filosofia prática e o *ethos* vigente. Sem dúvida, esta discussão é relevante para não se incorrer em erros de uma crítica baseada em pressupostos equivocados.

²³⁶ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 512.

²³⁷ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 513.

²³⁸ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 513.

chamamos de experiência".²³⁹ Embora discordando dos pressupostos de Hegel,²⁴⁰ reconhece que a partir dele, muda-se o conceito de experiência ao considerá-la como estrutura inversa da consciência, como movimento dialético. *"Na realidade a consciência filosófica compreende o que verdadeiramente faz a consciência que experimenta quando avança de um para outro: inverte-se"*.²⁴¹ Assim, a experiência provoca uma reestruturação da consciência, um movimento dialético, pois frente à experiência feita em outro objeto duas coisas se alteram: quem experimenta e o objeto. O novo contém a verdade sobre o velho que já não se sustenta e conduz a "um saber sobre si mesmo".

Palmer, analisando a diferença entre a concepção de Hegel e Gadamer, afirma: *"[...]para Hegel a experiência é auto-objetificação da consciência, de modo que a experiência é abordada do ponto de vista vantajoso do conhecimento que a transcende. Hegel defende assim, uma fundamentação na consciência que segundo Gadamer seria ultrapassada pela objectividade da experiência"*.²⁴² Em Gadamer a essência da experiência é tida como algo dialético, em que a verdade não é algo conclusivo, sua contínua repetição apenas capacita o indivíduo a realizar novas experiências, tornando-o menos dogmático. *"A dialética da experiência tem sua própria consumação não num saber concludente, mas nessa abertura à experiência que é posta em funcionamento pela própria experiência."*²⁴³ A experiência não se refere apenas ao que *ensina*, mas é, em sua essência, um movimento dialético no qual há um retorno a algo e conduz ao autoconhecimento.

Para Gadamer, se a experiência carrega em sua base o pressuposto do desapontamento de perspectivas – é dolorosa, desagradável (sentido metafísico da experiência de Esquilo: aprender pelo sofrer) – por obrigar o sujeito a se lançar rumo ao novo, ao não pensado, tornando-o, ao final, diferente - amálgama entre o velho e o novo -, o que se deve perceber nesta desilusão multifacetada, é sua própria finitude.

²³⁹ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 523.

²⁴⁰ Verificar a análise de Gadamer a respeito dos pressupostos e conclusões de Hegel feitas em **Verdade e Método**, p. 522-524.

²⁴¹ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 523.

²⁴² PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 198.

²⁴³ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 525.

*“Experiência é, pois, experiência da finitude humana. É experimentando, no autêntico sentido da palavra, aquele que é consciente desta limitação, aquele que sabe que não é senhor do tempo nem do futuro. O homem experimentado, propriamente, conhece os limites de toda previsão e a insegurança de todo plano. Nele consoma-se o valor de verdade da experiência. Se em cada fase do processo da experiência adquire uma nova abertura para novas experiências, isto valerá tanto mais para a idéia de uma experiência consumada. Nela a experiência não chega ao seu fim, nem alcança uma forma suprema de saber (Hegel), mas nela é onde, na verdade, a experiência está presente por inteiro e no seu sentido mais autêntico. Nela chega ao limite absoluto todo dogmatismo nascido da volátil possessão pelo desejo do ânimo humano. A experiência ensina a reconhecer o que é real. Conhecer o que é vem a ser, pois o autêntico resultado de toda experiência e de todo saber em geral. Mas o que não é, neste caso, isto ou aquilo, «mas o que já não pode ser revogado» (Ranke)”.*²⁴⁴

Na verdadeira experiência o homem encontra sua finitude, tornando ficção a idéia de que tudo retorna. Aquele que está e atua na história, diz Gadamer, percebe os limites dentro dos quais há possibilidade de futuro e que o passado é incompleto. Por esta razão, a experiência verdadeira é a experiência de nossa historicidade, que permite adquirir *maturidade*, uma abertura ao passado e futuro. Segundo Palmer, é isso o que Gadamer tem em mente quando fala em consciência historicamente operativa.²⁴⁵

Gadamer sugere que a experiência hermenêutica, que tem a ver com a tradição, é análoga à relação Eu-Tu: *“[...]a tradição não é simplesmente um acontecer que se pode conhecer e dominar pela experiência, mas é linguagem, isto é, fala por si mesma, como faz um tu. O tu não é objeto, mas se comporta em relação ao objeto.”*²⁴⁶ Com isto Gadamer pretende mostrar que, por exemplo, num texto, a tradição se dirige ao intérprete e o questiona; como todo diálogo, através de algo comum – uma manifestação vital – sustenta-se assim a reciprocidade de comunicação. A tarefa hermenêutica pressupõe o “deixar falar aberto do texto”, mas, esta abertura, diz Gadamer: *“[...]não se dá só para aquele por quem queremos nos deixar falar; antes, aquele que em geral se deixa dizer algo está aberto de maneira*

²⁴⁴ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 527.

²⁴⁵ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 200.

²⁴⁶ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 528.

fundamental. Se não existe esta mútua abertura, tampouco existe verdadeiro vínculo humano." ²⁴⁷ Esta abertura para o outro implica no reconhecimento de que deve haver uma disposição para deixar que algo nos modifique.

A experiência hermenêutica, de maneira correlata, é aquela que deixa que algo diga em suas próprias pretensões, não, portanto, no sentido do mero reconhecimento da alteridade. *"A consciência hermenêutica tem sua consumação não na certeza metodológica sobre si mesma, mas na própria disposição à experiência que caracteriza o homem experimentado face ao que está preso dogmaticamente."*²⁴⁸ Assim, a hermenêutica encontra certeza na disposição à experiência e não no dogmatismo metodológico. Esta é a verdadeira atitude da experiência hermenêutica.

A partir dos argumentos acerca da experiência hermenêutica, enquanto relação recíproca e dialética de pergunta e resposta, cuja estrutura lógica permite o estabelecimento de uma conversação – relação recíproca –, conclui Gadamer que a tarefa imposta à hermenêutica é a compreensão do meio desta conversação: a linguagem. Hekman²⁴⁹ em tentativa de síntese, afirma que a discussão de Gadamer acerca da experiência hermenêutica possui a seguinte estrutura:

*"[...] primeiro, uma discussão da natureza da experiência; segundo, um exame da essência da experiência hermenêutica, a abertura; terceiro, uma análise da estrutura da abertura, a pergunta e resposta; e quarto, uma consideração do fundamento da relação entre pergunta e resposta, a conversação. Conclui então que, para compreendermos a experiência hermenêutica, temos que compreender a base da conversação, a linguagem".*²⁵⁰

Assim, a análise da linguagem adquire grande destaque no trabalho de Gadamer, basicamente tomada como o meio pelo qual se manifesta a experiência hermenêutica – o recurso-meio da conversação que revela o que somos para nós próprios e

²⁴⁷ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 532.

²⁴⁸ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 533.

²⁴⁹ HEKMAN, Susan. op. cit., s/d. p. 160.

²⁵⁰ HEKMAN, Susan. op. cit., s/d. p. 160.

para o outro – a condição de possibilidade existencial humana.

Ao tratar do problema específico da compreensão dos textos escritos enquanto experiência hermenêutica, Gadamer toma a interpretação como uma conversação entre o intérprete e o texto. O texto, para Gadamer, compõe-se de “[...] *manifestações vitais fixadas duradouramente, que devem ser entendidas [...]*”²⁵¹, adquirindo sentido através do intérprete – é pelo intérprete que estas manifestações vitais são reconvertidas em signos com novo significado. Esta reconversão tem como meio a linguagem, através da qual se forma um elo comum entre o intérprete e o texto – pressuposto necessário para que o intérprete participe do sentido do texto – tal qual uma conversação comum. Não se trata, portanto, de mera adaptação, ou de reconstrução da gênese do texto, já que, se encontra implícito na interpretação, o horizonte do intérprete como possibilidade que se aciona para a apropriação do sentido.

Gadamer confere à linguagem a condição de possibilidade de um horizonte comum entre o intérprete e o texto. Partindo do descobrimento de W. Humboldt da acepção da linguagem como acepção de mundo, afirma Gadamer: “*A linguagem não é somente um dos dotes, de que se encontra apetrechado o homem, tal como está no mundo, mas nela se baseia e representa o fato de que os homens simplesmente têm mundo*”.²⁵² Assim, a existência humana no mundo – espaço comum e por todos reconhecido – é construída pela linguagem. O pertencer à linguagem não é para Gadamer uma forma de aprisionamento, mas de expansão, de abertura de horizonte. “*Não possuímos nem controlamos a linguagem antes a aprendemos e nos adaptamos às suas regras. O poder que a linguagem tem de ordenar e moldar o pensamento não é uma questão de rigidez ou incapacidade; esse poder funda-se na situação ou no caso que ela comunica*.”²⁵³ Exatamente porque o intérprete e o texto pertencem à linguagem é possível a fusão de horizontes, na qual é iluminado um sentido do texto.

Assim, não há neste tipo de experiência hermenêutica uma

²⁵¹ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 565.

²⁵² GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 642.

²⁵³ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 210.

subordinação, mas é partilhada de um mundo comum que permite ao intérprete pertencer ao texto. Metodologicamente, isto implica na impossibilidade de dominação de “um sentido imanente” do texto e na possibilidade de “abertura para um diálogo” em que os preconceitos do intérprete são desafiados. No dizer de Palmer:

*“Não somos tanto pessoas que conhecem como pessoas que experimentam; o encontro não é chegar conceptualmente a algo, antes é um evento em que um mundo se nos abre. Na medida em que cada intérprete se situa num novo horizonte, o evento se traduz lingüisticamente na experiência hermenêutica é algo de novo que aparece, algo que não existia antes. Neste evento, fundado na lingüisticidade e tornado possível pelo encontro dialéctico com o sentido do texto transmitido, encontra a experiência hermenêutica a sua total realização”.*²⁵⁴

Ao tratar a interpretação dos textos como experiência hermenêutica que culmina com a fusão de horizontes – o sentido do texto e o sentido do intérprete – Gadamer renuncia à possibilidade de correta interpretação e de identificação de “intenção subjetiva” de um texto, mas na determinação de um horizonte de sentido a partir do qual ela se realiza e os preconceitos são manifestados. Compreender um texto é operar uma mediação que tem início e fim no intérprete em sua circunstancialidade e finitude existencial.

Gadamer, concluindo, lança uma provocação:

“Assim, é certo que não existe compreensão que seja livre de todo preconceito, por mais que a vontade de nosso conhecimento tenha de estar dirigida, no sentido de escapar ao conjunto de nossos preconceitos. No conjunto de nossa investigação evidencia-se que, para garantir a verdade, não basta o gênero da certeza, que o uso dos métodos científicos proporciona. Isso vale especialmente para as ciências do espírito, mas não significa, de modo algum, uma diminuição de sua cientificidade, mas, antes a legitimação da pretensão de um significado humano especial, que elas vêm reivindicando desde antigamente. O fato de que, em seu conhecimento opere também o ser próprio daquele que conhece, designa certamente o limite do “método”, mas não o da ciência. O que a ferramenta do “método” não alcança tem de ser conseguido e pode realmente sê-lo através de uma disciplina do perguntar e do investigar, que garante a

²⁵⁴ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 211.

verdade”.²⁵⁵

O estudo de Gadamer acerca do fenômeno da compreensão, toma a questão da verdade e do método separadamente. Tradicionalmente legou-se a crença de que o método é que garante a verdade, ou seja, que não há verdade possível sem um método que a indique e a justifique. Gadamer enfrenta este postulado, segundo Hekman de dois modos:

*“[...] primeiro, transcende a dicotomia na qual este assenta, substituindo a oposição entre a verdade e preconceito pela afirmação de que o preconceito – o nosso estar situados na história e no tempo – é a condição prévia da verdade, e não um obstáculo a esta. Em segundo lugar, afirma que a verdade não é algo de acabado pela aderência a linhas metodológicas condutoras. Pelo contrário, é algo que acontece em nós [...]”.*²⁵⁶

A compreensão, para Gadamer, é uma lúdica experiência na qual não há possibilidade de abstenções, pois o sujeito é parte integrante de um acontecimento que “[...]faz valer um sentido”.²⁵⁷ Quando se compreende um texto ele ganha validade porque exerceu uma atração, mesmo antes que o sujeito se dê conta disto e pretenda desvendar o sentido que o acompanha. *“Na medida em que compreendemos, estamos incluídos num acontecer da verdade e quando queremos saber o que temos que crer, parece-nos que chegamos demasiado tarde.”*²⁵⁸ Crer cegamente nas pressuposições do método foi a ilusão do subjetivismo, porque não há um objeto na compreensão, mas uma unidade entre o “meu” e o “outro”. Através da mediação entre o passado e o presente, opera-se uma série contínua de perspectivas em que o “outro” se dirige e se apresenta “a nós”.

Ao fenômeno da compreensão e ao problema da interpretação, enquanto problemas hermenêuticos, foram impostos limites metodológicos pela ciência moderna, e com isto, a ciência tomou unicamente para si a possibilidade de verdade. Mas, retornando à introdução de *Verdade e Método*, é clarificada a afirmação de Gadamer de que o

²⁵⁵ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 709.

²⁵⁶ HEKMAN, Susan. op. cit., s/d. p. 169.

²⁵⁷ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 708.

²⁵⁸ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 708.

fenômeno hermenêutico não é uma questão de método, já que o que importa não é a estruturação de um conhecimento seguro, capaz de atender aos ideais metodológicos da compreensão, embora transpassando o campo da ciência, a ela também escapa, porque diz respeito, sobretudo ao mundo do ser humano, que resiste à tentativa metodológica da ciência. A compreensão, antes da verdade metodológica, é uma lúdica experiência onde uma possibilidade de verdade se manifesta.

O universo hermenêutico é o mundo de maneira aberta. Este é o espaço hermenêutico ganho frente à perda da ilusão com os conceitos tradicionais, que mais serviram para um estranho descompromisso da ciência e para alimentar a crença na instrumentalidade técnica. Trata-se de um espaço de linguagem cujo chão permanente é o confronto e a crise, um eterno interrogar e colocar à prova os preconceitos, que permite ao novo ganhar luz, sem saber o que vai prevalecer. Se Gadamer traz desconforto, desafios e abala as crenças metodológicas da tradicional hermenêutica, apresenta novas possibilidades. Demonstrou como a concepção tradicional de hermenêutica já não mais se sustenta. A maneira de reagir a este estado de coisas é sugerido com as seguintes palavras: *“Numa civilização em que a consciência coletiva é comandada pelo progresso da ciência, o aperfeiçoamento da tecnologia, a crença na riqueza e o ideal de lucro – e talvez também marcada pelos presságios de que esse sonho chega ao fim –, a novidade e inovação encontram-se precisamente em uma situação crítica, pois o antigo já não oferece mais verdadeiras resistências nem encontra defensor.”*²⁵⁹

A superação da hermenêutica tradicional, de cunho metodológico, empreendida por Gadamer através da hermenêutica filosófica, revela e liberta o fenômeno hermenêutico em toda sua amplitude, já que não é mais aprisionado pela metodologia, mas dimensionado e universalizado no espaço lingüístico da finita existencialidade humana que jamais se esgota. Assim, a hermenêutica de Gadamer, apesar das críticas sobretudo de Apel e Habermas²⁶⁰, de maneira inovadora impõe a necessária tarefa de problematizar a compreensão

²⁵⁹ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1998, p. 15.

²⁶⁰ Embora devam ser consideradas as críticas empreendidas por Apel e Habermas à hermenêutica gadameriana, no âmbito do presente trabalho estas não serão discutidas, sugerindo-se, contudo para se ter uma idéia inicial da polêmica entre Habermas e Gadamer, a leitura do capítulo 8 da obra **Hermenêutica Contemporânea** de Josef Bleicher, Lisboa: Edições 70.

nas ciências sociais, sobretudo no Direito, onde um dos desafios colocados é enfrentar e dialogar – no sentido gadameriano – com a teoria dogmática de interpretação vinculada ao pensamento tradicional de cunho técnico-instrumental, a partir da emergência de um referencial jurídico crítico que busca aproximar e desnudar a teoria e a *práxis* interpretativa.

CAPÍTULO II: A FORMAÇÃO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA MODERNA

2.1. A Experiência Histórica da Hermenêutica Jurídica Moderna

Gadamer, no prefácio da 2ª edição de *Verdade e Método*, coloca a pergunta central a que pretende responder em sua investigação: como é possível o conhecimento. Entende ser esta a questão que precede ao fenômeno compreensivo da subjetividade e ao próprio comportamento metodológico das ciências da compreensão²⁶¹. O sentido de sua obra não é de uma teoria geral de interpretação ou de uma doutrina a respeito dos métodos interpretativos, mas o de investigar o que há de comum em todas as maneiras de compreender frente à história efetual. Por outras palavras, discutir em que consiste a real experiência de compreender e interpretar enquanto experiência humana vivenciada no mundo – o verdadeiro universo hermenêutico que se abre ao indivíduo enquanto possibilidade existencial.

A proposta hermenêutica gadameriana, no dizer de Fernández-Largo “[...]es un toque de atención en el pensamiento moderno para prestar más oídos a la realidad constitutiva de la cultura.”²⁶² A compreensão é tomada por Gadamer como uma lúdica experiência peculiar e condicionada às possibilidades histórico-existenciais finitas e limitadas sob as quais o intérprete se encontra. Em vista disto, é abandonada a possibilidade da compreensão como resultado de princípios objetivistas metodológicos, pois o ato de interpretar é tomado como um diálogo movido pelo desejo de superação de um determinado ponto de vista – de um horizonte – e de uma verdade construída e não reconstruída. Compreender é o modo de ser da pré-sença. Tomando a hermenêutica como intenção filosófica, Gadamer pretende esclarecer o que acontece quando se ultrapassa o querer.

²⁶¹ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 16.

²⁶² FERNÁNDEZ-LARGO, Antônio Osuna. op. cit., 1993, p. 109. [Trad.: [...] é um toque de atenção no pensamento moderno para prestar mais atenção a realidade constitutiva da cultura.]

*“Minha intenção verdadeira, porém, foi e é uma intenção filosófica: O que está em questão não é o que nós fazemos, o que deveríamos fazer, mas o que, ultrapassando nosso querer e fazer, nos sobrevém, ou nos acontece.”*²⁶³ Nesta leitura hermenêutica, não há que enclausurar-se no aspecto metodológico, mas refletir acerca do fenômeno da compreensão como modo de ser do próprio *Dasein* que abrange toda sua experiência de mundo.

Por conferir ao problema hermenêutico um caráter universal, caberia indagar em que consiste a compreensão do Direito, partindo de uma análise gadameriana. Um início de reflexão pode ser o próprio questionamento de Gadamer: o que acontece quando se coloca num mesmo contexto o historiador e o jurista? Não há como negar que o primeiro possui uma tarefa “contemplativa” e o segundo exclusivamente prática, porém ambas contêm um afazer aplicativo. Ainda indaga: “[...]como poderia também, a compreensão do sentido jurídico de uma lei ser diversa para um ou para outro?”²⁶⁴ Por ter o jurista uma tarefa prática e intervir na vida, a aplicação da lei pretende ser justa e não arbitrária, e portanto, deve pautar-se numa interpretação que “[...]inclui necessariamente a mediação de história e atualidade na compreensão”.²⁶⁵ Assim, Gadamer aponta para a possibilidade de análise da hermenêutica jurídica a partir do estudo dos elementos subjacentes a toda interpretação e aplicação do Direito: a reflexão acerca da hermenêutica jurídica enquanto experiência da prática jurídica historicamente construída.

Com tal referencial, refletir acerca da hermenêutica jurídica implica em eleger como objeto de estudo os pressupostos que orientam a atividade intelectual dos juristas no que diz respeito à interpretação e aplicação do Direito enquanto experiência humana-social. Torna-se a possibilidade de clarificar – tornar consciente - as condições histórico-culturais nas quais o jurista está inserido, horizonte que permite compreender a previsão normativa e criar o direito para o caso concreto. Para Gadamer, se romper com qualquer possibilidade acerca da reprodução do sentido, a hermenêutica jurídica ganha uma nova dimensão: sua existencialidade histórica, por não poder admitir o jurista como o “revelador” do sentido originário e único da norma.

²⁶³ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 14.

²⁶⁴ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 20.

²⁶⁵ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 20.

Com tal dimensão, através da hermenêutica torna-se possível revelar a prática jurídica e seus pressupostos (pré-condicionamentos) norteadores, por ser a prática jurídica o ponto de convergência de toda ciência jurídica. No dizer de Saavedra “[...] *como punto de llegada o de convergencia de las ciencias jurídicas, la aplicación del Derecho irradia un sentido específico – el auténtico sentido – hacia los temas propios de aquéllas, que ya no pueden ser pensados sino en función de la práctica, ni por tanto, sin tener en cuenta esa práctica y sus condicionamientos.*”²⁶⁶

Objetivando refletir acerca do problema da compreensão do Direito enquanto pressuposto de sua interpretação e aplicação – o “dizer o Direito em um caso concreto” – a abordagem hermenêutica aqui considerada pretende, através da análise das experiências jurídicas historicamente construídas na modernidade, identificar e compreender os condicionamentos do processo de conhecimento jurídico que possuem a pretensão de interpretação do Direito com vistas à sua aplicação. Isto é, clarificar os preconceitos jurídicos historicamente construídos a partir de uma ordem institucionalizada – o horizonte da hermenêutica jurídica estabelecido modernamente. Sem desconsiderar a importância da discussão metodológica que se trava no campo da hermenêutica jurídica, a pretensão que aqui se traz não é uma discussão acerca dos diferentes métodos interpretativos desenvolvidos pelo pensamento jurídico, mas de uma reflexão acerca da experiência hermenêutica jurídica a partir de sua origem moderna, enquanto processo de conhecimento jurídico orientador e revelador da compreensão do Direito, cujo resultado é a construção de um horizonte hermenêutico pré-condicionante de toda atividade interpretativa, como uma via possível de problematizar tal prática.

Tal possibilidade é admitida por Saavedra:

“Si la interpretación del Derecho es un proceso de conocimiento jurídico bajo condiciones específicas, son los aspectos de teoría de la producción de conocimiento los que centran, antes que nada el tema.

²⁶⁶ SAAVEDRA, Modesto. **Interpretación del Derecho e Ideología** – elementos para una crítica de la hermeneutica jurídica. Granada: Universidad de Granada, 1978, p. 16. [Trad.: [...] como ponto de chegada ou de convergência das ciências jurídicas, a aplicação do Direito irradia um sentido específico – o autêntico sentido – em direção aos temas próprios daquelas, que já não podem ser pensados senão em função da prática, nem tampouco, sem ter em conta essa prática e seus condicionamentos.]

*Tras la condición jurídico-moral, tras la idea del Derecho, hay factores materiales, pero estos son accesibles teóricamente solo a partir de un análisis emprendido desde el materialismo dialectico que dé por resultado la primacia de la práctica sobre la teoría, o las relaciones de producción sobre la idea”.*²⁶⁷

A leitura hermenêutica de Gadamer permite a superação de uma concepção ingênua da hermenêutica jurídica, que tende a concebê-la em seu aspecto técnico-normativo²⁶⁸ vinculada à filosofia da consciência, para tomá-la como possibilidade de compreensão da experiência jurídica, na qual o intérprete é aquele que dialoga a partir de seu mundo circundante, com a previsão normativa diante de um caso concreto. *“La nueva hermenéutica se presenta como un diálogo entre el mundo del intérprete y lo que esconde el texto, por lo cual el mundo específicamente humano (del intérprete) no puede ser obviado en ninguna interpretación”.*²⁶⁹ A interpretação e aplicação no Direito deixa definitivamente de ser considerada como processo objetivo para tornar-se um ato de interrogação existencial do jurista que permite atualizar e problematizar os significantes normativos.

Desta forma, o processo interpretativo e aplicativo do Direito ganha uma dimensão histórico-experimental da prática jurídica. Por prática jurídica, entende Hespanha²⁷⁰, uma das distintas práticas sociais que pelas mútuas implicações com as demais práticas sociais, é articulada e limitada, o que permite o estabelecimento de uma unidade social. Sob tal perspectiva, o ponto de partida é um posicionamento acerca das questões teóricas fundamentais do Direito, ou seja, os pressupostos epistemológicos – o conhecimento

²⁶⁷ SAAVEDRA, Modesto. op. cit., 1978, p. 23. [Trad.: Se a interpretação do Direito é um processo de conhecimento jurídico sob condições específicas, são os aspectos da teoria da produção do conhecimento os que centram, antes de nada o tema. Atrás da condição jurídico-moral, atrás da idéia de Direito, há fatores materiais, mas estes são acessíveis teoricamente apenas a partir de uma análise empreendida desde o materialismo dialético que resulte na primazia da prática sobre a teoria, ou as relações de produção desta idéia.]

²⁶⁸ A propósito da concepção tradicional de hermenêutica dominante no pensamento jurídico brasileiro, STRECK, Lenio Luiz, no capítulo 5 da obra **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise** – uma exploração hermenêutica da construção do Direito, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, faz interessante análise da concepção tradicional de hermenêutica jurídica demonstrando como a dogmática jurídica criou um sentido de interpretação que não superou o paradigma da filosofia da consciência. Para tanto, destaca as definições dadas à hermenêutica jurídica pelo pensamento jurídico dominante.

²⁶⁹ FERNÁNDEZ-LARGO. Antônio Osuna. op. cit., 1993, p. 117. [Trad.: A nova hermenêutica apresenta-se como um diálogo entre o mundo do intérprete e o que esconde o texto, pelo qual o mundo especificamente humano (do intérprete) não pode se esquecer em nenhuma interpretação.]

²⁷⁰ HESPANHA. Antônio M. **A História do Direito na História Social**. Lisboa: Livros Horizonte, s/d.(b), p. 28.

das condições históricas, políticas, culturais, econômicas e sociais - de uma certa produção científica acerca da interpretação e aplicação do Direito. Por outras palavras, de tomar-se a hermenêutica jurídica enquanto fenómeno da compreensão do Direito com vistas à aplicação, numa dimensão histórico-social.

A interpretação e aplicação do Direito enquanto um saber prático, é uma concepção que se inicia a partir da primeira metade do século XI, com o monge Irinerius, ao implantar em Bolonha o ensino do direito justiniano tem início a Escola dos Glosadores que veio a significar, segundo Wieacker²⁷¹, o início de um movimento cultural que levado a diante pelos comentadores, avança no sentido de formar a ciência jurídica europeia, estabelecendo princípios de interpretação que servirão de fundamentos para a hermenêutica jurídica que irá se consolidar no século XIX. Bolonha integrava um conjunto de cidades do norte da Itália em que o desenvolvimento monetário e comercial veio a exigir “[...]novas exigências à compreensão intelectual das matérias jurídicas na administração da justiça, na actividade consulente, na prática da advocacia e do notariado; certo é ainda que esse progresso impulsionou poderosamente a consciência de si, no domínio político e a formação de uma cultura literária profana.”²⁷²

A convicção de que o *imperium romanum* era a única forma de início e perpetuação da comunidade cristã, fez com que os textos justinianos e seus conceitos constituíssem o referencial do pensamento jurídico medieval. Na tradição do estudo de tais textos, principalmente do *Corpus Iuris*, por força de sua tradição histórica e autoridade metafísica²⁷³, permanecia o princípio de que eram intocáveis em seu valor, tal qual as Sagradas Escrituras e, por isto, qualquer forma de interpretação deveria ser feita de maneira absolutamente fiel ao escrito. Por esta razão, nos diz Hespanha: “A *actividade dos juristas devia consistir, portanto, numa interpretatio cuidadosa e humilde, destinada a esclarecer o sentido das palavras (verba tenere) e, para além disso, a captar o sentido que estas*

²⁷¹ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d., p.38.

²⁷² WIEACKER, Franz. op. cit., s/d. p. 40-41.

²⁷³ Segundo HESPANHA, Antônio M. (op. cit., s/d.(b) p. 99) os glosadores pensavam que Justiniano (Século VI d.C.) fora contemporâneo de Cristo.

encerravam (sensus eligere).”²⁷⁴ Assim como a interpretação bíblica buscava a revelação divina, os textos jurídicos, considerados mais do que um jogo de palavras, constituíam a revelação do próprio direito.

Quanto à técnica interpretativa adotada pela Escola de Bolonha nos diz Wieacker²⁷⁵, o modelo de raciocínio analítico foi elaborado a partir da lógica, gramática e retórica grega, com que os juristas já estavam familiarizados por constituírem em técnicas do ensino em geral. Ao interpretar, os juristas faziam uma análise absolutamente independente de cada texto, quer sob a forma de glosa (interlinhadas ou marginais) – que foi o modelo básico -, quer sob a forma de comentário (*apparatus*), sem a preocupação de estabelecer uma relação entre eles. Entretanto, as técnicas interpretativas constituíam uma gama variada de técnicas:

*“[...]desde a simples glosa interpretativa ou remissiva até o curto tratado sintetizando um título ou um instituto (summa), passando pela formulação de regras doutrinárias (brocarda, regulae), pela discussão de questões jurídicas controversas (dissensiones, doctorum, quaestiones, vexatae ou disputae), pela listagem dos argumentos utilizáveis nas discussões jurídicas (argumental), pela análise de casos práticos (casus). Em alguns destes tipos literários as preocupações de síntese e de sistematização já são sensíveis.”*²⁷⁶

O que pretendiam os glosadores era construir uma dogmática, ou seja, comprovar através da razão – a lógica escolástica – uma verdade absoluta de princípios predeterminados através da “autoridade”, sem a preocupação de discutir a existência de “um conteúdo de justiça” em tais textos, nem tampouco sua finalidade prática. *“Esta teoria da exegese textual também não pretende, portanto, comprovar com os seus meios lógicos a verdade do texto revelado ou fielmente transmitido pela tradição, mas antes aboná-lo[...].”*²⁷⁷ Apesar de terem os glosadores a finalidade de apenas provar através da razão a verdade como algo presente e revelado no próprio texto, divorciados do “mundo” circundante, acabaram por criar uma linguagem técnica sobre o direito que acaba por influenciar a vida jurídica da época,

²⁷⁴ HESPANHA, Antônio M. op. cit., s/d.(b) p. 99.

²⁷⁵ WIEACKER, Franz. op. cit., s/d. p. 47.

²⁷⁶ HESPANHA, Antônio M. op. cit., s/d.(b) p. 99-100.

²⁷⁷ WIEACKER, Franz. op. cit., s/d. p. 49.

graças à autoridade intelectual de que gozavam estes juristas.²⁷⁸

Com o surto urbanista e mercantil dos séculos XIII e XIV, o direito local é valorizado em relação ao direito cultivado pelos juristas universitários, tornando-se necessário incorporar valores e princípios do novo modo de vida já presentes no *iura propria* das cidades italianas ao *ius commune* (romano-justineanu) que havia se transformado num amontoado de regras das mais diferentes origens (romano-justineanu, canônico, estatutário...). Aos novos juristas eruditos italianos cabe a tarefa de transformar este *ius commune* num corpo orgânico dominado por princípios sistematizadores, “conciliado” com as múltiplas instituições da Alta e Baixa Idade Média, resultando na renovação não apenas do método interpretativo, mas do próprio objeto, ao incorporarem as diversas formas de organização jurídica da Europa à sua ciência.

A unidade científica perseguida parte das concepções predominantes de direito medieval, que passam agora a ser comprometidas com a prática jurídica; ou seja, com o referencial interpretativo que havia sido desenvolvido pelos glosadores e mantendo o objetivo de estabelecer uma unidade, estudam-se as instituições ou disciplinas jurídicas de múltiplas raízes estranhas ao direito romano, conduzindo a uma forma de interpretação mais livre dos textos justinianos, o que caracteriza uma nova atitude intelectual perante a tensão entre verdade e realidade, relacionada com o advento da escola tomista.

Afirma Wieacker que, se os glosadores criaram a classe dos juristas, os conciliadores, contemporâneos de Dante, Giotto e Petrarca, foram os arquitetos da modernidade européia²⁷⁹, criando o Direito Comum na Europa e as bases para o que viria a ser o Direito Moderno. Os juristas, por sua importância e influência como uma segunda

²⁷⁸Diz WIEACKER: “[...] que apesar de que no ocidente europeu as concepções jurídicas medievais deixavam um campo vasto aos direitos locais e pessoais, o ensino jurídico não pretendia difundir um modelo jurídico aplicável a nos vários domínios, mas transmitir um método, “uma gramática” jurídica. “...por isto, os glossadores puderam impor por todo o lado e sem referência às realidades locais a crença na validade universal e na justeza intemporal do direito romano [...]” (op. cit., s/d. p. 79.)

²⁷⁹ WIEACKER, Franz. op. cit., s/d. p. 80.

classe de intelectuais formada da Idade Média ao lado dos clérigos²⁸⁰, impulsionados pelo humanismo que se coloca como uma nova experiência na qual o sentido humano é renovado e em meio a Reforma que propõe uma forma de interpretação independente das autoridades católicas, vivenciam uma “viragem” da ciência jurídica no sentido do idealismo racionalista, da sistematicidade interna e construção de conceitos e princípios gerais.

Em meio ao ambiente cultural e filosófico da Baixa Idade Média, o ensino jurídico sofre um novo redimensionamento. O objetivo passa a ser : “[...]despertar no aluno a ideia inata de direito e suas implicações mais próximas e orientá-lo, assim, do acidental-especial para o ideal-geral.”²⁸¹. Esta nova mentalidade e prática jurídica rompeu com a tradição escolástica que reduzia “[...]todo saber válido e legítimo ao saber contido nos textos da autoridade e que recomendavam, uma atenção exclusiva à verdade revelada ou aos argumentos da autoridade”.²⁸², culminando no século XII com a “revolução escolástica” que coincide com a descoberta dos textos lógicos de Aristóteles.

*“Esta descoberta, juntamente com o progressivo reconhecimento de que os textos das Escrituras são insuficientes para a resolução de todos os novos problemas sociais e culturais, vem a provocar o restabelecimento da crença na razão e o renascimento, por todo o lado, das ciências profanas. O conflito da razão e da fé (tão temido durante todos os séculos XI e XII pelas correntes integralistas) deixa de ser possível, pois os campos de exercício de uma e de outra aparecem delimitados.”*²⁸³

Wieacker²⁸⁴ chama atenção para o papel decisivo dos juristas no surgimento do Estado racional moderno e a ideia de direito que se seguiu à Idade Média. Os juristas, também influentes diplomatas e administradores, não apenas foram os primeiros a

²⁸⁰ Afirma WIEACKER: “[...]da publicação dos próprios pareceres resulta uma literatura conciliar, cujo aspecto geral, desde o séc. XIV, só é comparável ao das actuais decisões dos tribunais superiores, mas que adquiriu um prestígio europeu e uma validade de longe mais extensa no tempo e no espaço, dominando a cultura jurídica do direito comum até às vésperas das codificações jusnaturalistas.” (op. cit., s/d. p. 83)

²⁸¹ WIEACKER, Franz. op. cit., s/d. p. 91.

²⁸² HESPANHA, Antônio M. op. cit., s/d.(b) p. 103.

²⁸³ HESPANHA, Antônio M. op. cit., s/d.(b) p. 104.

²⁸⁴ WIEACKER, Franz. op. cit., s/d. p. 93-95.

reivindicar a soberania dos príncipes, com base nas fontes do absolutismo justiniano, como também, a partir da técnica jurídica formal como análise lógica da realidade utilizada nas questões políticas, fornecem um “instrumental racionalizado” para as formas de poder que vinham se delineando com o surgimento do capitalismo burgês-mercantilista. Os juristas, por serem os únicos a dominarem as operações lógicas, foram os únicos capazes de criar simultaneamente um direito de caráter universal, racional e objetivo baseado em deduções comprováveis logicamente e conceitos políticos que acabaram por dissolver as formas de poder da Idade Média.

Apesar das reformas jurídicas levadas a cabo pelos glosadores e comentadores, permanece a idéia de Direito como um conjunto de normas que o intérprete pouco pode alterar. Por ser a ordem jurídica um dado indiscutível, fundada numa ordem pré-fixada autoritariamente, a atualização e sistematização do direito é tomada como mera tarefa técnica-interpretativa orientada por instrumentos lógico-dogmáticos. Assim, a tarefa hermenêutica - “arte” ou “doutrina” da “boa interpretação” - é compreendida e legada à modernidade como um conjunto de técnicas capaz de interpretar corretamente os textos quer religiosos, quer profanos. O ato interpretativo é tomado como atividade lógica-racional que busca estabelecer um sentido – a ser “revelado” pelo intérprete - profundo e imanente do texto, que se apresenta como algo a ser compreendido e exposto sistematicamente.

O trabalho de atualização e sistematização do Direito exigido pelo cenário mercantilista, desenvolvido principalmente pelos Comentadores sob a ótica interpretativa do direito romano-justiniano, aliado ao avanço político que caminhava no sentido da centralização do poder dos príncipes, o resultado foi a monopolização do Direito pelo Estado. Nesta ótica, a ordem jurídica como conjunto normativo de origem ligada à tradição dotada de autoridade, deixava ao jurista apenas a tarefa de interpretar este conjunto normativo segundo a necessidade de atualização e sistematização. *“Na verdade, o fim principal da exegese não consistia em averiguar o significado histórico do preceito legislativo, mas seu significado jurídico e racional. Isto é, a interpretação tendia à descoberta (à colocação...), nas palavras da lei, de princípios jurídicos dominantes na prática e na cultura do tempo.”*²⁸⁵

²⁸⁵ HESPANHA, Antônio M. op. cit., s/d.(b) p. 118-119.

A tarefa de interpretação como atualização normativa consistia em opor o texto de lei (*verba*) a seu espírito (*mens*) – sentido oculto a ser “revelado”, com base na concepção filosófica medieval em que a palavra “é a manifestação do conhecimento humano” - as palavras encerram a verdade, o que está na alma do homem -. Por conta disto, o domínio de técnicas interpretativas, como único meio de estabelecer o “espírito” encerrado no texto normativo, possibilitava a rejeição de qualquer interesse normativo oposto, a exemplo da interpretação restritiva utilizada em certos momentos para as regras que não poderiam ser aceitas, por “excederem à vontade racional do legislador” e em outros aceitas ampliativamente, de acordo com o interesse e utilidade.

Segundo Hespanha, além desta tarefa de opor o texto da palavra ao espírito da lei, os juristas medievais desenvolveram um trabalho de sistematização, a partir da interpretação lógica. Inicialmente a lógica como procedimento interpretativo foi aplicado aos textos bíblicos, considerando o texto como expressão de uma idéia geral (*ratio*) presente em toda sua extensão, por isto, cada parte do texto é compreendido a partir de sua integração no conjunto, o que “[...]permite a extracção das ideias informadoras (*dogmata*) de cada contexto normativo («instituto», como hoje dizemos), ideias essas que constituem o apoio indispensável para a interpretação do preceito isolado. Daí a afirmação de Baldo (século XIV) de que [...] a ciência das leis consiste na medula da razão e não na casca das palavras escritas.”²⁸⁶

Partindo do pressuposto de que havia a possibilidade de conhecer a unidade presente nos institutos ou formas jurídicas, buscava o método interpretativo, desenvolvido pelos glosadores e comentadores, estabelecer de maneira sistemática o sentido global de seu objeto. Com a crescente crença nas possibilidades da razão, os institutos ou figuras jurídicas eram estudadas (decompostas e recompostas) a partir dos procedimentos lógico-aristotélicos – definição, divisão e analogia – , isolando as partes individuais: a essência(*substantia*), o gênero ao qual pertenciam (*genera*), as características específicas que possuíam relação com outros institutos ou figuras do mesmo gênero (*differentiae*) e a analogia que mantinham entre si (*similitudines*).

²⁸⁶ HESPANHA, Antônio M. op. cit., s/d.(b) p. 120.

O trabalho dos juristas medievais contribuiu para a construção não apenas do Direito Moderno, mas deram um passo decisivo para o desenvolvimento da hermenêutica jurídica na modernidade, na medida em que as técnicas interpretativas até então criadas, formarão um instrumento metodológico racional de interpretação e aplicação do direito, que será, no século XIX, objeto de cientificação.

Se o pensamento moderno, fundado na crença de que uma ordem racional é capaz de produzir uma explicação segura e certa, idealizou a hermenêutica como instrumento técnico-racional capaz de eliminar as arbitrariedades no campo interpretativo, o Direito igualmente, comungando da mesma idealização, apenas confere relevância para a hermenêutica a partir do século XVIII. A necessidade de construção da hermenêutica jurídica como campo específico-especializado de um saber, é parte de um processo ideológico e político que culminou com as revoluções burguesas, colocando a necessidade de não apenas explicar e racionalizar a criação do Direito, mas também da sua interpretação e aplicação. O racionalismo jurídico até então não havia conseguido atingir o âmbito da criação do Direito, tornando fora de propósito, quer no âmbito teórico ou prático, problematizar a interpretação e aplicação das leis em fases anteriores à moderna racionalização do Direito.

Lópes Calera salienta duas razões, dentre outras possíveis, para justificar a ausência da preocupação hermenêutica no campo jurídico em períodos anteriores ao século XVIII: *“En primer lugar, la simplicidad del tratamiento jurídico de las relaciones sociales. No hay un mundo excesivamente complejo y sistemático de normas jurídicas para que se haga necesario plantearse con exhaustividad el problema de la interpretación. En segundo lugar, la existencia de absolutismos políticos, para los que la voz del príncipe tenía vigor de ley, hacia poco importante el tema de la interpretación.”*²⁸⁷ Assim, apenas diante de um agir político-social no sentido de estabelecer as condições necessárias para viabilizar o Estado Moderno, é que se coloca a necessidade de uma específica racionalização não apenas da criação do Direito, mas de sua interpretação e aplicação.

²⁸⁷ LÓPEZ CALERA, Nicolás María. *Filosofía del Derecho*. Granada: Comares, 1992, p. 198. [Trad.: Em primeiro lugar, a simplicidade do tratamento jurídico das relações sociais. Não há um mundo excessivamente complexo e sistemático de normas jurídicas para que se faça necessário estabelecer exaustivamente o problema da interpretação. Em segundo lugar, a existência de absolutismos políticos, para os que a voz do príncipe tenha força de lei, havia pouca importância o tema da interpretação.]

Sob o paradigma da legalidade – a lei como tecnologia disciplinar das relações sociais – é que se coloca a questão hermenêutica no Direito enquanto modelo técnico-racional de orientação da prática jurídica, pois, tornar o Direito uma ciência objetiva implicava para o pensamento dominante, em pressupor que sua interpretação e aplicação deveria ser orientada por critérios metodológicos específicos de cientificidade. Este processo de racionalização da prática jurídica moderna não pode ser compreendido isoladamente, mas como parte integrante de um amplo processo de racionalização que se transformou na marca da sociedade ocidental a partir do século XVIII.

Argüello, refletindo acerca da análise feita por Max Weber, entende que este tipo de racionalidade “[...]deve ser compreendida como resultado da diferenciação técnica e especialização da ciência – característica da civilização ocidental – que possibilita maior previsibilidade, calculabilidade, ao sistema sócio-econômico conhecido como capitalismo.”²⁸⁸ Para Weber, as características internas que conferem racionalidade ao Direito resultam de dois processos: a generalização e a sistematização.

A generalização “[...]en este caso significa reducción de las razones determinantes de la solución del caso especial a uno o varios principios, los preceptos jurídicos”.²⁸⁹ Tal redução é necessariamente condicionada à prévia análise dos elementos que integram a situação de fato relevantes para o entendimento jurídico²⁹⁰, e, inversamente, os preceitos jurídicos ampliam-se determinando a relevância das situações de fato, resultando, segundo Weber, num casuísmo que se desenvolve em direção a preceitos jurídicos com alto grau de logicidade. A relação analítica estabelecida entre preceitos jurídicos e o exame do caso concreto resulta na construção jurídica de relações e instituições. Tal construção significa para Weber “[...]la determinación de los elementos jurídicamente relevantes de una acción comunitaria o consensual que se desarrolla en forma típica, y de la lógica (es decir, exenta de contradicción) que permite coordinar tales elementos o, lo que es igual: pensarlos en una

²⁸⁸ ARGÜELLO, Katie. op. cit., 1997, p. 21.

²⁸⁹ WEBER, Max. **Economia y Sociedad. Esbozo de Sociología Comprensiva**. Tomo I. México: Fondo de Cultura Económica, 1969, p. 509. [Trad.: [...] neste caso significa redução das razões determinantes a solução do caso especial a um ou vários princípios, os preceitos jurídicos.]

²⁹⁰ WEBER, Max. op. cit., 1969, p. 509.

A sistematização, “fruto tardio” do processo de racionalização, desconhecido e inexistente no “direito primitivo” e, segundo Weber, presente em algumas ordens jurídicas modernas, tem seu início com o desenvolvimento do direito romano. Tal processo consiste em:

*“[...]relacionar de tal suerte los preceptos obtenidos mediante el análisis que formen un conjunto de reglas claro, coherente y, sobre todo, desprovisto, en principio, de lagunas, exigencia que necesariamente implica la de que todos los hechos posibles puedan ser subsumidos bajo alguna de las normas del mismo sistema, pues, de lo contrario, éste carecería de su garantía esencial.”*²⁹²

Como resultado deste processo de generalização e sistematização, a racionalização moderna do Direito, conduziu à consolidação de uma ordem jurídica geral e abstrata, de elevado cálculo e previsibilidade e oposta a um modelo irracional fundada em outro referencial valorativo (emocional ou afetivo). O nível de racionalidade de uma dada ordem jurídica na modernidade reside em seu alto grau de previsibilidade como fundamento de um agir no mundo circundante.

Weber vê na concepção de criação e aplicação de um modelo (tipo ideal) de Direito - relacionada com a materialidade e formalidade -, um elemento caracterizador da racionalidade jurídica moderna,. A criação e aplicação de um modelo irracional de Direito se caracteriza formalmente quando *“[...]se recurre a procedimientos no controlados racionalmente, como, por ejemplo, los oráculos y sus sucedáneos.”*²⁹³ e sob o ponto de vista material *“[...]cuando la decisión de los diversos casos depende esencialmente*

²⁹¹ WEBER, Max. op. cit., 1969, p. 510. [Trad.: [...] a determinação dos elementos juridicamente relevantes de uma ação comunitária ou consensual que se desenvolve de forma típica e lógica (isto é, isenta de contradição) que permite coordenar tais elementos ou, o que é igual: pensá-los em uma relação jurídica.]

²⁹² WEBER, Max. op. cit., 1969, p. 510. [Trad.: relacionar de tal maneira os preceitos obtidos mediante a análise que formem um conjunto de regras claras, coerentes e, sobretudo, desprovidas, à princípio, de lacunas, exigência que necessariamente implica que todos os fatos possíveis possam ser subsumidos sob alguma das normas do mesmo sistema, pois, o contrário, careceria de sua garantia essencial.]

²⁹³ WEBER, Max. op. cit., 1969, p. 511. [Trad.: [...] se recorre a procedimientos não controlados racionalmente, como, por exemplo, os oráculos e seus sucedâneos.]

de apreciaciones valorativas concretas de índole ética, sentimental o política y no de normas generales”²⁹⁴. Em outras palavras entende Weber que, em um modelo normativo irracional, as decisões são orientadas por um referencial normativo dissociado da razão, e, portanto, com ausência de previsibilidade e calculabilidade.

De maneira diferenciada, a criação e aplicação de um modelo racional-formal de Direito se caracteriza “[...]cuando lo jurídico material y lo jurídico procesal no tienen en cuenta más que características generales, “unívocas”, de los hechos.”²⁹⁵, portanto, trata-se de um tipo ideal de Direito caracterizado pela abstração, generalidade e univocidade da previsão normativa. Para Weber, tal formalismo produz duplo aspecto: 1. Um formalismo de características externas, que acabam caindo num extremo formalismo, como por exemplo, cita Weber, “[...]cuando se exige que una determinada palabra sea pronunciada, que se estampe una firma, o que se ejecute una acción cuyo significado simbólico há sido establecido de antemano[...]”²⁹⁶ 2. Um formalismo obtido por meio de interpretação lógica, de maior grau de racionalidade, com a finalidade de construir um conjunto de conceitos jurídicos claramente definidos, com a finalidade de aplicá-los como regras rigorosamente abstratas.

O modelo racional-material de Direito significa para Weber: “[...]que en la decisión de los problemas jurídicos deben influir ciertas normas cuya dignidad cualitativa es diversa de la que corresponde a las generalizaciones lógicas que se basan en una interpretación abstrata: imperativos éticos, reglas utilitarias y de conveniencia, o postulados políticos que rompen tanto con el formalismo de las características externas como con el de la abstracción lógica.”²⁹⁷. É, portanto, num tipo-ideal de Direito calculável que são

²⁹⁴ WEBER, Max. op. cit., 1969, p. 511. [Trad.: [...] quando a decisão dos diversos casos depende essencialmente de apreciações valorativas concretas de índole ética ou política e não de normas gerais.]

²⁹⁵ WEBER, Max. op. cit., 1969, p. 511. [Trad.: [...] quando o jurídico material e o jurídico processual não levam em conta mais do que características gerais, “unívocas”, dos fatos.]

²⁹⁶ WEBER, Max. op. cit., 1969, p. 511. [Trad.: [...] quando se exige que uma determinada palavra seja pronunciada, que demonstre firmeza, ou que se execute uma ação cujo significado simbólico já estabelecido de antemão[...]]

²⁹⁷ WEBER, Max. op. cit., 1969, p. 511. [Trad.: [...] que na decisão dos problemas jurídicos devem influir certas normas cuja dignidade qualitativa é diversa da correspondente às generalizações lógicas em que se baseia uma interpretação abstrata: imperativos éticos, regras utilitárias e de conveniência, ou postulados políticos que rompem tanto com o formalismo das características externas como com o da abstração lógica.]

estabelecidos os pressupostos e critérios interpretativos externos segundo uma orientação ética, política ou mesmo ideológica.

Conclui Weber que em decorrência das formas mais avançadas de racionalidade metódica foi construído um modelo jurídico orientado pelos seguintes postulados:

1. “[...]toda decisión jurídica concreta representa la aplicación de un precepto abstracto de un hecho concreto[...]”
2. “[...]que sea posible encontrar, en relación com cada caso concreto, gracias al empleo de la lógica jurídica, una solución que se apoye en los preceptos abstractos en vigor[...]”
3. “[...]el derecho objetivo vigente es un sistema sin lacunas de preceptos jurídicos o encierra tal sistema en estado latente o, por lo menos, tiene que ser tratado como tal para los fines de la aplicación del mismo a casos singulares[...]”
4. “[...]todo aquello que no es posible “construir” de un modo racional de relevancia para el derecho.”
5. “[...]la conducta de los hombres que forman una comunidad tiene que ser necesariamente concebida como aplicación o ejecución o, por el contrario, como infracción de preceptos jurídicos[...]”.²⁹⁸

Argüello²⁹⁹ ressalta que a tipologia de Direito weberiana estabelecendo uma relação entre direito racional-formal e direito racional-material evidencia um divórcio permanente e insuperável, entre o formalismo lógico vinculado a conceitos gerais e abstratos e as necessidades de garantir através do Direito os interesses sociais.

Na esteira do pensamento weberiano, a maior expressão de um tipo ideal de Direito, é o modelo criado pelo pensamento formal legalista positivista: forma específica de racionalidade caracterizada por elevado grau de previsibilidade, generalidade e

²⁹⁸ WEBER, Max. op. cit., 1969, p. 511-512. [Trad.: 1[...] toda decisão jurídica concreta representa a “aplicação” de um preceito abstrato em um “fato” concreto [...] 2[...] que seja possível encontrar, em relação com cada caso concreto, graças ao emprego da lógica jurídica, uma solução que se apoie nos preceitos abstratos em vigor [...] 3[...] o direito objetivo vigente é um sistema “sem lacunas” de preceitos jurídicos ou encerra tal sistema em estado latente ou, pelo menos, deve ser tratado como tal para os fins de aplicação do mesmo a casos singulares [...] 4[...] tudo aquilo que não é possível “construir” de um modo racional de relevância para o direito. 5[...] a conduta dos homens que formam uma comunidade deve ser necessariamente concebida como ‘aplicação’ ou “execução” ou, ao contrário, como “infração” aos preceitos jurídicos [...]

²⁹⁹ ARGÜELLO, Katie. op. cit., 1997, p. 30.

sistematização, que permitiu a construção de um suporte técnico-científico capaz de servir de suporte para a criação, interpretação e aplicação jurídica comprometida com um agir social vinculado às necessidades político-ideológicas liberais burguesas, orientado segundo o referencial utilitarista. De acordo com o paradigma legalista, para Hespanha, a “[...]a legitimidade de toda actividade social, quer dos indivíduos, quer do poder, deve ser avaliada por confronto com normas escritas, de carácter geral e abstracto, obedecendo a um modelo técnico-racional, e editadas pelo Estado”³⁰⁰

A moderna concepção de Direito, orientada segundo um modelo de cientificidade (um saber específico de juristas profissionais) fundado numa lógica racional própria, estabeleceu não apenas um sistema normativo universal, genérico e abstrato capaz de ser objetivado num texto positivo, mas também encontrava uma “fonte concreta” tanto para a criação do Direito como para sua interpretação e aplicação. Desde então, não há como deixar de considerar que, no mundo jurídico, se estabeleceu uma discussão em aberto acerca do carácter científico do conhecimento jurídico, como chama a atenção Fernández-Largo:

*“En el mundo del derecho existe una cuestión acerca de la índole científica de los conocimientos jurídicos, cuya discusión se prolonga hasta nuestros días. Todos los pueblos de todos los tiempos han conocido la existencia de personas deputadas para entender de sus normas, pero la reflexión acerca de qué tipo de conocimiento sea ése y cuál su validez gnoseológica permanece hoy todavía abierta. Podríamos formularlo como la índole científica y el valor de la ciencia jurídica. Y podemos afirmar que gran parte del pensamiento teórico del derecho en la edad moderna há girado en torno a este problema.”*³⁰¹

³⁰⁰ HESPANHA, Antônio M. **Justiça e Litigiosidade** - História e Prospectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d.(a) p. 12.

³⁰¹ FERNÁNDEZ-LARGO, Antônio Osuna. op. cit., 1993, p. 17. [Trad.: No mundo do direito existe uma questão sobre a índole científica dos conhecimentos jurídicos, cuja discussão de prolonga até nossos dias. Todos os povos em todos os tempos têm conhecido a existência de pessoas destacadas para entender de suas normas, mas a reflexão sobre a que tipo de conhecimento seja esse e qual sua validade gneseológica permanece hoje todavia aberta. Poderíamos formulá-lo como a índole científica e o valor da ciência jurídica. E podemos afirmar que grande parte do pensamento teórico do direito na idade moderna tem girado em torno deste problema.]

A transmutação da interpretação e aplicação do Direito de um saber prático em um saber puramente racional, metodológico e sistemático – com a pretensão de um saber semelhante ao das ciências naturais – é relacionado com a inversão do pensamento jurídico que vem na esteira do paradigma da legalidade nos séculos XVIII e XIX. Segundo Hespanha³⁰², para o pensamento pluralista pré-oitocentista a lei era um fenômeno subordinado à interpretação, o que conferia um caráter secundário à lei e prioritário à sua interpretação. Entretanto, para o despotismo iluminado do século XVII, fonte do paradigma legalista, a redução pluralista com uma política de valorização da lei – manifestação da vontade do monarca – deveria se impor a todos corpos políticos sociais, sobretudo ao jurídico.

*“O despotismo iluminado setecentista trazia consigo um projecto de redução do pluralismo, pelo reforço do poder da coroa. Aí se integrava uma política de valorização da lei, como manifestação da vontade do monarca, que se devia impor tanto aos corpos políticos periféricos, como, sobretudo, ao corpo judiciário. A cadência da produção legislativa aumenta, é reafirmada a precedência da lei sobre as restantes fontes do direito, o próprio estilo legislativo se enfatiza, carregando-se de fórmulas que, embora carecidas de conteúdo regulativo, desempenhavam uma função disciplinadora, mas ao nível da retórica.”*³⁰³

Analisando a gênese da hermenêutica-jurídica moderna, há que considerá-la como um fenômeno que resulta da cientificação das técnicas interpretativas legadas pelo pensamento medieval redimensionadas pela ótica do Estado Moderno. A ciência jurídica moderna “institucionalizou” as técnicas e regras de interpretação e aplicação do Direito pré-oitocentistas, buscando “neutralizar cientificamente” o fenômeno da compreensão jurídica. Portanto, para evidenciar os elementos orientadores da hermenêutica jurídica moderna, sob a ótica aqui tratada, há que se determinar o redimensionamento do pensamento jurídico no âmbito interpretativo, como forma de entender os vínculos que uniram e recriaram as experiências hermenêuticas da fase pré-moderna.

³⁰² HESPANHA, Antônio M. op. cit., s/d.(a) p. 13-16.

³⁰³ HESPANHA, Antônio M. op. cit., s/d.(a) p. 16.

2.2. O Horizonte Hermenêutico da Modernidade

A compreensão da racionalização jurídica moderna pressupõe inseri-la no amplo processo ético-filosófico e técnico-produtivo da ordem capitalista liberal que emergiu da sociedade ocidental européia no século XVIII, culminando na consolidação de uma nova ordem social, econômica e política, fundada nos valores e interesses da classe burguesa. Se inicialmente o liberalismo constituiu um instrumento revolucionário capaz de enfrentar o Antigo Regime Absolutista, com o apoio das camadas populares que acreditavam na possibilidade de construção de uma sociedade livre, justa e fraterna, com a apropriação do poder político e econômico pela elite burguesa, os ideais revolucionários são mantidos unicamente no plano formal, excluindo-se da prática qualquer ação comprometida com a distribuição da riqueza e a democratização política.

Afirma Wolkmer que, das expressões valorativas, a que mais se encontra integrada ao liberalismo ~~é~~ o individualismo³⁰⁴. No modelo liberal o individualismo assume caráter diferenciado de outras experiências históricas, como o cristão, naturalista, racionalista e anarquista, por estabelecê-lo não como um “valor em si”, mas como “valor absoluto”, que concebe e prioriza o homem em sua absoluta autonomia não apenas frente ao poder estatal, mas a qualquer forma de organização institucional. Sob tal ótica, foi produzido um modelo político monopolizado capaz de assegurar e reproduzir os interesses liberais individualistas do capitalismo burguês, aliado a um tipo específico de instrumental jurídico capaz de garantir sua legitimidade e efetividade.

O modelo político liberal moderno é resultado histórico da formação de um tipo de poder estruturado na Europa durante os séculos XV, XVI e XVII que veio a suceder o político-jurídico medieval. Trata-se de uma forma política moldada dentro de um processo de centralização e concentração ocorrido nestes séculos, que se desdobrou através de distintas fases: absolutista, liberal e social. Entende Hermann Heller que “[...] *é patente o fato de que durante meio milênio, na Idade Média, não existiu o Estado no sentido de uma unidade de dominação, independentemente no exterior e interior que atuara de modo*

³⁰⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico** – Fundamentos de uma nova cultura do Direito. São Paulo: Editora Alfa Omega, 1994, p. 34.

contínuo com meios de poder próprios, e claramente delimitada pessoal e territorialmente."³⁰⁵

Para o referido autor, o modelo de poder político da Idade Média é entendido como "estamental" (as funções encontravam-se repartidas entre a Igreja, os nobres proprietários de terra, os cavaleiros e outros privilegiados), sendo os reinos e territórios da Idade Média, tanto no interior como no exterior, unidades de poder político apenas excepcionalmente, já que o poder estava limitado em seu interior pelos inúmeros depositários de poder feudal, e no exterior pela Igreja e Imperador. Além de que, na fase medieval, era desconhecida a idéia de uma pluralidade de Estados soberanos coexistindo com uma igual consideração jurídica, não conhecendo o Estado feudal uma relação de súdito de caráter unitário, como atualmente o compreendemos.

"Portanto o Estado «moderno» se origina em um processo de alterações que incluem a exaustão do sistema sócio-econômico feudal e o advento do capitalismo: incluem também o surgimento de uma nova vida urbana, em contraste com a existência predominantemente rural do medievo e em consonância com a ascensão de um novo tipo social que viria a ser denominado burguesia."³⁰⁶

A ordem política e social medieval, por sua descentralização e fragmentação, permitiu a coexistência de distintas e complexas ordens jurídicas legítimas num mesmo espaço social, o que será definitivamente abolido pelo Estado Moderno que irá impor uma ordem jurídica monista, pretendendo o Estado como a fonte monopolizadora de produção do Direito, tendo as demais fontes apenas legitimidade derivada. Há que salientar-se que dentro desta realidade jurídica pluralista, num plano superior, colocou-se o Direito Canônico, por estar diretamente vinculado à autoridade religiosa, critério último para a validação das demais ordens jurídicas, como consequência do princípio agostiniano de subordinação da ordem terrena à ordem divina.

Paulatinamente, com o avanço da ordem mercantilista e a necessidade

³⁰⁵ HELLER, Hermann **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, s/d. p. 158.

³⁰⁶ SALDANHA, Nelson. **Estado Moderno e a Separação dos Poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 8.

de proteger juridicamente os interesses da burguesia comercial, associam-se as idéias individualistas e capitalistas a partir do séc. XVI, abrindo caminho para um “novo” estilo de vida que foi capaz de transformar a estrutura social, jurídica e econômica do mundo medieval ocidental, delineando um novo homem com consciência do valor da personalidade e da liberdade individual, rompendo-se com as regras morais e religiosas da Idade Média. Assim, começa a entrar em colapso a antiga estrutura jurídica descentralizada jurídica, passando a ser sucedida pela consolidação mais genérica, sistemática e unitária de um Direito Mercantil.³⁰⁷

No plano político, o Estado Moderno, de forma oposta ao do poder medieval, vem a se constituir de dois processos paralelos que paulatinamente o vão consolidando: 1. O processo de centralização: quando se passou do poder disperso e local para um poder situado em um foco central. 2. O processo de concentração do poder nas mãos do monarca, “[...]que não só recebe o plus proveniente do que os terratenentes perdem, como também “enfeixa” em sua competência pessoal funções que antes estavam nas mãos de parlamentos e tribunais”.³⁰⁸

Tal modelo político desenvolveu-se por conta da conjugação de fatores que se desenvolveram historicamente através de estágios “demarcados por mutações revolucionárias” fundamentais que são: absolutista, liberal e social, sendo que cada fase é caracterizada por um tipo, uma figura conceitual genérica provinda da unificação de certos traços de um objeto.

O adjetivo liberal, tomado em sua concepção política, que vem a caracterizar o modelo que sucede ao absolutista, deve ser compreendido a partir dos movimentos político-sociais pré-napoleônicos do século XIX, apesar de antes ter a Inglaterra exemplos de correntes e instituições tipicamente liberais, associado a um credo jusnaturalista diferencia-se substancialmente do antigo. Para o jusnaturalismo predominou uma concepção objetiva – existência de leis eternas, correlatas de uma racionalidade inerente às coisas e oriundas do domínio do *nous* e de sua obra, o *kosmos*. Com o pensamento moderno emerge a noção de direito subjetivo (que sobreveio já com o cristianismo), emergindo uma concepção

³⁰⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. op. cit., 1994, p. 24.

³⁰⁸ SALDANHA, Nelson. op. cit., 1987, p. 8-9.

plural e individuais de direitos naturais. Na versão liberal, o contratualismo representa um “legado”, um ponto de partida para a idéia de necessário acordo de vontades para a legitimação de poder. *“Somente um poder consentido seria legítimo – aqui sem diferenciar-se legitimidade e validade – e tal consentimento deveria provir de todos, ou seja, de cada um dos contratantes, cada qual livre e racional em sua condição humana. Tal liberdade viria a ser proclamada nas declarações constitucionais do liberalismo, dando aval ao poder consentido e outorgado, e reconhecida e protegida pelo Estado.”*³⁰⁹

O paradigma legalista, enquanto legitimação de qualquer ação social, tanto no plano individual quanto no plano político, a partir da previsão legal – conjunto normativo escrito de caráter geral e abstrato – que obedece a um modelo técnico-racional e produzida unicamente pelo Estado, traz como um de seus corolários o princípio do primado da lei. Esta é uma invenção do século XIX que vem na esteira das revoluções burguesas que vincula a teoria da soberania popular e da representação parlamentar como reação à concepção absolutista de Estado. Para a burguesia em ascensão, a defesa de seus interesses – livre circulação de bens, de pessoas, liberdade de comércio e direito de propriedade – passava pela necessidade de impor ao Estado o primado da lei como garantia a violações a tais direitos. Tal paradigma foi apropriado pelas distintas ordens jurídicas ocidentais de maneira diferenciada, conferindo-lhe fisionomia própria. Assim, por exemplo, na França a lei positivada é a condição de existência de direitos, enquanto que na Alemanha de Weimar, sob o efeito do socialismo, se cria a idéia de que a lei escrita cria o perigo de restringir direitos ao invés de garanti-los, preferindo-se operar a distinção entre lei formal e lei material.³¹⁰

O paradigma da legalidade, ao ser transformado em ideologia jurídica, se converte num princípio hermenêutico moderno, pois cria a ficção da possibilidade de vincular o abstrato ao concreto, o geral ao particular, reforçando a idéia de coerência da ordem jurídica. Auer, tomando ideologia no sentido gramsciano a define como “[...]um sistema lógico de idéias que circulam na sociedade e que constituem outras tantas normas de

³⁰⁹ SALDANHA, Nelson. op. cit., 1987, p. 29.

³¹⁰ AUER, Andreas. O Princípio da Legalidade como Norma, como Ficção e como Ideologia. In: **Justiça e Litigiosidade** - História e Prospectiva, op. cit., s/d. (a) p. 121.

comportamento difusas, parcialmente conscientes e parcialmente inconfessas”³¹¹. Tal ideologia jurídica, tendo por finalidade promover a coesão do grupo social, organizando a consciência individual em função de padrões de universalidade, justiça, equidade e previsibilidade, torna legítima a organização jurídica posta, criando um “consenso” que permite um agir social.

*“O princípio da legalidade canaliza e estrutura a lei. A lei pode ser vaga, imprecisa, fluida e indeterminada, pois o princípio da legalidade consegue a proeza de fazer aparecer como conformes a esta fluidez os mais diversos actos de aplicação individual e concreta. Garantindo uma ligação tanto normativa como lógica entre o abstracto e o concreto, entre o geral e o individual, a legalidade funda e reforça a idéia de uma coerência da ordem jurídica. Ela pinta a imagem reconfortante, porque previsível, de um mundo jurídico fechado e ordenado, em que tudo está no seu lugar, em que a conclusão decorre naturalmente do jogo das premissas maior e menor, em que o geral e o abstracto antecipam um juízo hipotético sobre o concreto que, por sua vez, os confirma, etc. Em suma, a idéia de uma lógica da ordem jurídica é essencialmente ideológica e esta idéia alimenta-se, nomeadamente, do princípio da legalidade.”*³¹²

Este milagroso paradigma é legitimado pela crença positivista, enquanto atitude científica que “[...]encontra na observação científica dos fenômenos a explicação da realidade, excluindo toda especulação metafísica. Esta observação é uma experiência da realidade a partir da qual será dada a explicação (empirismo vem da experiência)”.³¹³ Esta corrente de pensamento foi o resultado da incorporação do modelo epistemológico adotado pelas ciências naturais às “ciências do espírito”, pressupondo que todo saber para ser válido deveria se basear na observação direta da realidade empírica, rejeitando qualquer especulação metafísica, substituindo a autoridade e a especulação filosófica pela observação e pela experiência, pretendendo objetivar o conhecimento.

Segundo Hespanha, no plano jurídico, este movimento vinha ao

³¹¹ AUER, Andreas. op. cit., s/d. (a) p. 135.

³¹² AUER, Andreas. op. cit., s/d. (a) p. 136.

³¹³ MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. Tradução de Ana Pratta. 2ª ed., Lisboa: Editorial Estampa, 1989, p. 275.

encontro da pretensão de colocar fim tanto à incerteza e ao casuísmo do modelo jurídico tradicional, quanto à proliferação de sistemas especulativos sobre direito natural que haviam surgido ao longo do século XVIII. *“Ou seja, dirigia-se tanto contra a vinculação do direito à religião e à moral, como contra a sua identificação com especulações de tipo filosófico como as que eram correntes nas escolas jus-racionalistas. Contra uma coisa e contra a outra proclamava-se a necessidade de um saber dirigido para coisas positivas.”*³¹⁴

No pensamento jurídico fixaram-se duas correntes doutrinárias de matriz positivista a partir do século XIX: o positivismo legalista, representado pela Escola Exegética, e o positivismo formalista científico, cuja precursora foi a Escola Histórica. O positivismo em sua vertente legalista, que acaba sendo dominante na prática jurídica, reduz o direito à lei e admite como única fonte de direito o criado por um legislador estatal. Já a segunda *“[...]deduzia as normas jurídicas e sua aplicação a partir do sistema, dos conceitos e dos princípios doutrinários da ciência jurídica, sem conceder a valores ou objectivos extra-jurídicos (por exemplo religiosos, sociais ou científicos) a possibilidade de confirmar ou infirmar as soluções jurídicas.”*³¹⁵

Embora não possam as duas concepções ser confundidas por possuírem diferentes matrizes filosóficas e políticas, ambas rejeitam qualquer fundamentação metafísica do direito, conferindo-lhe o *status* de um saber científico especializado e autônomo, que deve utilizar métodos objetivos e verificáveis à semelhança das ciências naturais. A tal credo soma-se a pretensão de conferir a este saber um caráter de universalidade e de progressiva perfeição, já que esta fase coincide com o período áureo da expansão colonialista europeia que difundia e impunha a cultura, e por via de consequência, o modelo jurídico desenvolvido na Europa Ocidental às diferentes partes do mundo, combatendo e dizimando em nome do “progresso, modernidade e da civilização” todas as formas de organização social, política e jurídica dos povos conquistados, convencidos de sua supremacia.

³¹⁴ HESPANHA, Antônio M. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia**. Portugal: Forum da História, 1997, p. 174.

³¹⁵ WIEACKER, Franz. op.cit. s/d. p. 492.

A codificação representou a consolidação do positivismo jurídico como discurso predominante no período de formação da ciência jurídica moderna. Este movimento inovador e revolucionário no plano jurídico-formal vem na esteira da ideologia liberal burguesa e no triunfo dos princípios da Revolução Francesa, rompendo definitivamente com a antiga ordem estamental sobre a qual se assentava o Antigo Regime. O princípio básico deste novo paradigma jurídico, coerente com a concepção de que o estudo do Direito deve ser restringido à experiência constatada, consiste em identificar e reconhecer apenas como Direito o produzido pelo Estado, o único com existência objetiva – “*jus positum*” – que, com segurança, pode ser instrumento de planificação e manutenção da sociedade.

O movimento da codificação, produto da simbiose do jusracionalismo com o iluminismo, alastrou-se pela Europa Ocidental a partir do século XIX, que apesar da multiplicidade de circunstâncias que justificam sua ocorrência, possuem, no dizer de Wieacker um idêntico perfil espiritual.³¹⁶ Os códigos modernos pretenderam uma “planificação social” através da reordenação sistemática da matéria jurídica tendo como pressuposto a convicção iluminista de que o estágio civilizatório da sociedade seria alcançado com uma forma de governo fundada na razão e na “vontade geral”. O projeto geral para a edificação de um modelo social fundado na ética-natural vinha sendo delineado pelo Direito Natural, que a partir do século XVII encontrou um ambiente filosófico para uma redefinição no sentido de conceber o Direito Natural estável fundado na razão.

O ideal cartesiano atraído pela certeza do saber, encontrava na filosofia, política, direito, dentre outras disciplinas, um conceito de ciência tradicional incerta e contraditória. É exatamente o que Descartes (1596-1650) exprime na primeira e segunda partes do *Discours de la Méthode*, propondo para aquelas disciplinas um método com bases sólidas como as da matemática. O método proposto por Descartes está assentado inicialmente na evidência racional, por não admitir como verdadeiro nada que não seja evidente para o espírito, regra primeira que é complementada por outras – a análise, síntese e revisões gerais – que apenas tem a finalidade de tornar evidente o “que à primeira vista o não é”³¹⁷. O

³¹⁶ WIEACKER, Franz. op. cit., s/d. p. 366.

³¹⁷ HESPANHA, Antônio M. op. cit., 1997, p. 149.

pensamento dos juristas que buscavam um “direito certo e seguro”, encontrou no poder da razão individual a possibilidade de descoberta das regras do justo fundado numa ordem racional, o que iria conduzir no sentido de tornar o direito positivo o “mais certo”.

“A idéia do direito natural, neste novo sentido, vem a impor-se decisivamente na cultura jurídica européia do século XVII. De alguma forma, o novo direito natural, fundado na razão, é o correspondente do antigo direito natural, fundado na teologia. O pensamento social e jurídico laicizara-se. O que não é estranho ao facto de, pela primeira vez, se ter quebrado a unidade religiosa da Europa (com a Reforma) e de se ter entrado em contacto com povos totalmente alheios à tradição religiosa européia. E, com esta laicização, o fundamento do direito passara a residir em valores laicos, comuns a todos os homens, como as evidências racionais.”³¹⁸

Esta nova idéia de Direito Natural, que passa a dominar o pensamento dos juristas, traz como consequência a construção de sistemas jurídicos que têm como ponto de partida os direitos inatos do indivíduo. A concepção individualista de homem, apesar de remontar ao nominalismo³¹⁹, teve no cartesianismo e no empirismo um novo impulso onde os direitos individuais, imutáveis e necessários são definindo pela própria natureza humana. Do cartesianismo é absorvida a idéia do homem como ser que busca a verdade através da razão, detentor de dois direitos naturais inerentes: usar livremente a razão na produção do conhecimento e de pautar sua ação em princípios ditados pela razão. O empirismo transcende o cartesianismo ao idealizar o homem como não apenas um ser racional, mas comandado por instintos concretos (perpetuação, conservação...) que deveriam ser garantidos e satisfeitos já que constituíam um Direito Natural.³²⁰

É assim superada a concepção aristotélica-tomista de Direito Natural pela convicção na natureza individual do homem e na observação dos impulsos que o levam à ação, emergindo um novo conceito de sociedade e de ordem social. Diz Hespanha:

³¹⁸ HESPANHA, Antônio M. op. cit., 1997, p. 150.

³¹⁹ Afirma HESPANHA, na obra supra citada, (p. 151), que a filosofia nominalista, ao contrário da tradição filosófica clássica que conferia existência real ao homem como inserido em estruturas sociais, considerava o homem enquanto um ser isolado, sem outros direitos e deveres senão aqueles reclamados pela sua natureza individual ou pela sua vontade.

³²⁰ HESPANHA, Antônio M. op. cit., 1997, p. 151.

“[...]perante a sua necessidade “natural” de agir racionalmente ou de agir instintivamente, a sociedade aparecida até mesmo como um obstáculo, pois nela não era possível dar livre curso a estes impulsos sem chocar com os desígnios de acção dos outros”.³²¹ É exatamente esta a firme crença dos pensadores jusracionalistas que defendem o Estado como forma de organização social e de limite dos direitos naturais.

“De facto, levado pela consideração dos interesses da vida em comum, para a qual se sentiam inclinados (Grócio), ou pelo medo de um estado de natureza em que a satisfação dos impulsos naturais gerava contínuas lutas (Hobbes), os homens celebram entre si um pacto, pelo qual limitam a sua liberdade natural, entregando na mão dos governantes o poder de editar regras de convívio obrigatórias. É o «contrato social», cujos germes já se encontram em Suarez, mas cuja teoria é agora amplamente desenvolvida.

A teoria do «contrato social» não deu lugar, somente às teorias democráticas que tiveram seu epílogo na Revolução Francesa. Ele foi igualmente adequado a fundamentar o «despotismo iluminado», típico das monarquias e principados europeus do século XVIII. Tudo dependia, de facto, do conteúdo do contrato, pois os jusnaturalistas acabavam, como se vê, por depor todo direito positivo nas mãos dos membros da coletividade. E então, é da vontade arbitrária destes que a lei vem, em última análise, a depender. E bem pode acontecer que, atentos aos perigos do estado de natureza, os homens decidam depor todos os seus direitos na mão do príncipe, a fim de que este zele, com o pulso livre, pelo bem comum e pela felicidade individual (Hobbes).”³²²

Com o jusracionalismo é aberta uma nova fase no pensamento jurídico. De um lado, a nova convicção de “natureza humana” eterna e imutável confere valor universal do Direito, o que explica a “exportação” dos códigos, notadamente o Código Civil napoleônico como subsidiário ou principal, para regiões culturalmente distintas, representando um verdadeiro movimento revolucionário. E de outro, o divórcio definitivo entre Direito Natural e Direito Positivo, vindo este último a ser considerado como o único Direito, sendo que no dizer de Bobbio *“[...]a partir deste momento o acréscimo de adjetivo «positivo» ao termo «direito» torna-se um pleonasmo mesmo porque, se quisermos usar uma fórmula sintética, o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro*

³²¹ HESPANHA, Antônio M. op. cit., 1997, p. 151-152.

³²² HESPANHA, Antônio M. op. cit., 1997, p. 152.

direito senão o positivo.”³²³

As codificações sistemáticas do Direito significaram o “triunfo da razão” que pretenderam a positivação de um modelo de Direito ensinado nas universidades desde o século XI, “o direito justo”, mostrando os juristas a disposição em admitir a inovação de ser o soberano competente para afirmar o Direito. Na verdade é reconhecido o poder do Estado para expor os princípios da lei natural: trata-se como diz Cambecères, de estabelecer um código de natureza sancionado pela razão e garantido pela liberdade, poder este que uma vez admitido, facilmente é afastado de tal fim, já que o “legislador”, como personificação do Estado, servindo-se de tal poder, independente de qualquer preocupação com “leis naturais”, serve-se deste nova mentalidade para ter na lei positivada um eficiente instrumento de controle social.

Na França revolucionária do século XIX, o movimento da codificação veio a mudar radicalmente o conceito de Direito, fazendo verdadeira “tábua rasa” da ordem jurídica anterior. Ao criar uma nova mentalidade que identifica Direito com os códigos, os juristas desenvolvem um instrumental técnico de interpretação e aplicação do Direito, seguindo uma orientação exegetica. No dizer de Bobbio, a técnica exegetica “[...]consiste em assumir pelo tratamento científico o mesmo sistema de distribuição da matéria seguido pelo legislador e, sem mais, em reduzir tal tratamento a um comentário, artigo por artigo, do próprio Código.”³²⁴ Portanto, a chamada Escola da Exegese, pretendia reduzir o direito à lei, levando a cabo os objetivos revolucionários burgueses.

*“Como disse o decano Aubry, em 1857, em um relatório oficial sobre o espírito do ensino da Faculdade de Direito em Paris: Toda a lei, tanto no espírito quanto na letra, com uma ampla aplicação de seus princípios e o mais completo desenvolvimento das consequências que dela decorrem, porém nada mais que a lei, tal a divisa dos professores do Código de Napoleão.”*³²⁵

³²³ BOBBIO, Noberto. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Icone, 1993, p. 26.

³²⁴ BOBBIO, Noberto. op. cit., 1993, p. 83.

³²⁵ PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica e Nova Retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 31.

Apesar de já ter a Assembléia Nacional Constituinte de 1790 concebido um projeto de código que sintetizasse um novo direito revolucionário, apenas em 1804, com o Consulado e sob a influência de Napoleão I, é que o Código Civil teve uma versão definitiva, seguindo-se o Código de Processo Civil (1806), Código Comercial (1807), Código Penal (1810), dentre outros. Esta fase de promulgação dos códigos inaugura a instauração da Escola da Exegese, que segundo Perelman³²⁶, vem seguida de duas outras fases distintas: uma fase de apogeu até cerca de 1880, e uma de declínio, que termina em 1890 com a obra de Gény, anunciando o fim do pensamento exegetico. Os códigos napoleônicos consumaram definitivamente a doutrina jusracionalista ao “positivar a própria razão” e a concretização legislativa da *volonté générale*.

Segundo Hespanha, a lei sistematizada nos códigos adquire o monopólio de manifestação do direito. Já não havia lugar para outras fontes de direito. O direito doutrinal havia sido incorporado nos códigos. A Revolução rompeu definitivamente com o passado, instituindo uma nova ordem política e jurídica, desvinculando-se, assim, do Direito tradicional. A jurisprudência não tinha mais sentido como fonte de Direito na medida em que aos juizes cabia apenas o poder de aplicar a lei e não estabelecer o Direito³²⁷. Esta compreensão jurídica, predominante na França do século XIX, forjou juristas (Duranton, Demolombe, Troplong) cujas obras doutrinárias limitavam-se a expor e interpretar os artigos dos códigos.

*“A Escola da Exegese estava intimamente ligada ao ambiente político e jurídico francês, ou seja, a um Estado nacional revolucionário, em corte com o passado, dotado de órgãos representativos e que tinha empreendido uma importante tarefa de codificação. Isto determina a disseminação dos princípios desta escola noutros países, retardando-a, nomeadamente, nos casos em que estes requisitos não estivessem realizados.”*³²⁸

Tal saber jurídico que dominou a Europa na primeira metade do

³²⁶ PERELMAN, Chaïm. op. cit., 1998, p. 31.

³²⁷ HESPANHA, Antônio M. op. cit., 1997, p. 177.

³²⁸ HESPANHA, Antônio M. op. cit., 1997, p. 178.

século XIX segundo Bobbio³²⁹ possui como características fundamentais: 1. A inversão das relações tradicionais entre Direito Natural e Direito Positivo; 2. O monismo jurídico; 3. A interpretação e aplicação da lei fundada na intenção do legislador; 4. O culto à lei e o princípio da autoridade.

1. A inversão das relações tradicionais entre Direito Natural e Direito Positivo:

Até fins do século XVIII, predominava uma concepção dualista em que o Direito era definido individualmente em duas esferas distintas: o Direito Natural e o Direito Positivo, diferenciados quanto à gradação de superioridade ao longo da formação histórica do pensamento jurídico. Na Antigüidade Clássica, o Direito Natural era considerado hierarquicamente inferior ao Positivo³³⁰, concebido como Direito comum (*koinós nómos*), enquanto o Direito Positivo era o particular. “[...]baseando-se no princípio pelo qual o direito particular prevalece sobre o geral (*“lex specialis derogat generali”*), o direito positivo prevalecia sobre o natural sempre que entre ambos ocorresse um conflito.”³³¹ Na Idade Média, o Direito Natural é visto como “a lei escrita por Deus presente no coração dos homens”, como afirma São Paulo, o que resulta na inversão da relação entre as duas espécies de Direito, tendência que impregnou o pensamento jusnaturalista de que considerou o Direito Natural superior ao Positivo. Entretanto, apesar de tais distinções, ambos eram considerados como legítimos, ou como afirma Bobbio, “[...]ambos qualificados como direito”.³³²

Com o pensamento exegético, embora sem a coragem de negar completamente o Direito Natural, este passa a ser de menor importância e sem significado prático. No dizer de Domolombe, o Direito Natural só importa ao jurista quando é inserido na lei, fazendo, assim, uma inversão própria do pensamento positivista, ao desconsiderar o Direito Natural como referencial de validade ao Direito Positivo.

³²⁹ BOBBIO, Noberto. op. cit., 1993, p. 84-89.

³³⁰ Na tragédia *Antígone* de Sófocles (494-406 a.C.) é traduzida a crença na existência de um Direito Natural superior ao Positivo. Antígone ao ser levada em julgamento perante o Rei Creonte por ter desobedecido a ordem de deixar o corpo de seu irmão Polínice insepulto, invoca em sua defesa a existência de leis superiores não escritas e imutáveis ditadas pelos deuses.

³³¹ BOBBIO, Noberto. op. cit., 1993, p. 25.

³³² BOBBIO, Noberto. op. cit., 1993, p. 26.

“O jurisconsulto não deve se prender a um modelo mais ou menos perfeito, a um tipo mais ou menos ideal;[...] o direito natural, para ele, não é sempre o melhor, nem o mais excelente; mas o direito natural possível, praticável, realizável é aquele, sobretudo, que se conforma e se assimila melhor ao espírito, aos princípios e às tendências gerais da legislação escrita; e eis por que penso que é sempre nessa mesma legislação que é necessário atingir, diretamente ou indiretamente, todas as regras das soluções jurídicas. (Bonnecase)”.³³³

Bobbio³³⁴ salienta que a Escola da Exegese eliminou a idéia de aplicação subsidiária do Direito Natural no caso de lacuna do Direito Positivo, já que apesar do artigo 4º do Código de Napoleão admitir a função subsidiária do Direito Natural, a interpretação deste artigo é alterada. Partindo do princípio da completude do ordenamento jurídico, o juiz não necessita de meio subsidiário para resolver conflitos: *“[...]o juiz não pode legalmente pretender que a lei não lhe proporciona os meios para resolver a causa que lhe é submetida”* (Bonnecase), além de dever o juiz considerar improcedente qualquer pedido que não “previsto em lei”.

2. O monismo jurídico (princípio da onipotência do legislador):

Segundo Wolkmer³³⁵ a doutrina monista resulta da inter-relação entre a *“[...]suprema racionalização do poder do soberano e a positividade formal do Direito.”*, conferindo ao Estado o monopólio de produção das normas jurídicas, transformando o Estado em *“[...] único agente legitimado capaz de criar legalidade para enquadrar as formas de relações sociais que se vão impondo”*.³³⁶ O Estado Liberal Moderno, conforme já considerado, é definido em função de ser um modelo político ao mesmo tempo *per legis e sub legis*, contorno que foi conferido pela congruência entre a legalidade estatal e a centralização burocrática, que atribui a seus órgãos institucionais diferentes poderes – legislar e julgar através de regras jurídicas abstratas e genéricas, sistematizadas no Direito Positivo. É

³³³ Apud: BOBBIO, Noberto. op. cit., 1993, p. 85.

³³⁴ Apud: BOBBIO, Noberto. op. cit., 1993, p. 86.

³³⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. op. cit., 1994, p. 40.

³³⁶ WOLKMER, Antônio Carlos. op. cit., 1994, p. 40.

exatamente com o Escola da Exegese que ocorre a mais íntima simbiose entre o Direito e o Estado, não apenas no sentido de reconhecer como única fonte de Direito o Estado, mas sobretudo, por admitir como o único verdadeiro o Direito Estatal.

*“Tendo presente a consolidação do modo de produção capitalista e a definição da burguesia como segmento social hegemônico, impõe-se, a partir de uma arquitetura lógico-formal unitária, o princípio de que toda sociedade tem apenas em único Direito, e que este «verdadeiro» Direito, instrumentalizado por regras positivamente postas, só pode ser produzido através de órgãos e de instituições reconhecidos e/ou oficializados pelo Estado. Constrói-se, assim, a segurança, a hierarquia e a certeza de um arcabouço de normatividade dogmática fundado no plano lógico de que só existe um Direito, o Direito Positivo do Estado.”*³³⁷

A concepção estatal de Direito implica necessariamente no princípio da onipotência do legislador, que não significa tão somente a negação do Direito Natural, mas também, no dizer de Bobbio, “[...]a negação de todo tipo de direito positivo diferente daquele posto pela lei, como o direito consuetudinário, o direito judiciário e principalmente o direito científico”³³⁸. *Dura lex, sed lex; um bom magistrado humilha sua razão diante da razão da lei* (Mourlon). Esta máxima do pensamento exegético deixa evidente que a interpretação e aplicação da lei deve ser submetida à razão expressa na lei, a razão de um Estado Legislador.

3. A interpretação e aplicação da lei fundada na intenção do legislador:

Como decorrência da sacralização do Direito Estatal fundado no princípio da onipotência do legislador, vincula-se uma terceira crença do pensamento exegético: a interpretação e aplicação da lei com base na intenção do legislador. Se o único Direito é o expressado na lei, enquanto manifestação positivada do Estado, por via de consequência, a correta hermenêutica é aquela que busca “revelar” ou “desentranhar” do texto legal a vontade do legislador nos casos em que “[...]ela não deflui imediatamente do próprio texto legislativo, e todas as técnicas hermenêuticas [...] são empregadas para atingir tal

³³⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. op. cit., 1994, p. 54.

³³⁸ BOBBIO, Noberto. op. cit., 1993, p. 86.

propósito”³³⁹

A ficção jurídica de um legislador onipotente e detentor de “uma vontade” expressa no texto legal, é fruto do pensar dogmático positivista, que compreende o texto da lei como expressão da *mens legislatoris*. Pressupondo os códigos como instrumento capaz de garantir a certeza das relações sociais e o Direito como fato objetivado e delimitado nestes códigos, via de consequência, a interpretação e aplicação do Direito deveria ser centralizada na determinação unívoca e precisa do sentido expresso no texto legal, operando-se com a segurança e certeza como valores prioritários deste modelo de cientificização. Para dar conta da perspectiva formalista e lógica da ciência jurídica, definitivamente o intérprete não pode operar senão o que lhe é dado, que são as proposições normativas e sistematicamente organizadas nos códigos.

Esta preocupação cientificista herdada pelos juristas do século XVIII forjou para o Direito um conceito de sistema, “[...]que se resumia, em poucas palavras, na noção de conjunto de elementos estruturados pelas regras de dedução.”³⁴⁰ Interpretar significa sob tal ótica, estabelecer o sentido imanente da norma na totalidade do sistema tal qual foi previsto pelo legislador, distinguindo-se a vontade real e vontade presumida.

*“[...]busca-se a vontade real do legislador no caso em que a lei disciplina efetivamente uma dada relação, mas tal disciplinamento não fica claro a partir do texto da lei (então se busca, mediante investigações de caráter essencialmente histórico, o que o autor da lei pretendia efetivamente dizer); busca-se, em contrapartida, a vontade presumida do legislador (o que se resolve, em última análise, numa ficção jurídica), quando o legislador se omitiu em regular uma dada relação (lacuna da lei). Então, recorrendo à analogia e aos princípios gerais do direito, procura-se estabelecer qual teria sido a vontade do legislador, se ele tivesse previsto o caso em questão.”*³⁴¹

Com Savigny, como será adiante tratado, já afastado do positivismo

³³⁹ BOBBIO, Noberto. op. cit., 1993, p. 87.

³⁴⁰ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1991, p.240.

³⁴¹ BOBBIO, Noberto. op. cit., 1993, p. 87.

legalista de sua juventude, ao discutir o problema da interpretação e aplicação do Direito dá novo rumo à teoria hermenêutica subjetivista, ao afirmar que a interpretação é a compreensão do pensamento do legislador manifestado no texto da lei, acentuando que a razão da lei é distinta de seu conteúdo, que no caso de indeterminação da expressão legal, deve-se recorrer a uma Segunda via, ao fim especial da norma, podendo-se invocar “uma razão geral” extraída dos institutos jurídicos, enquanto expressão das “relações vitais” que conferem ao sistema jurídico um “todo orgânico”. *“Daí a idéia de que seria a convicção comum do povo (Volksgeist) o elemento primordial para a interpretação das normas”*.³⁴²

Abre-se a discussão entre duas concepções que partem de distintos núcleos para a determinação do sentido da norma: *voluntas legis versus voluntas legisl-atoris*.

“A doutrina subjetivista insiste em que, sendo a ciência jurídica um saber dogmático (a noção de dogma enquanto princípio arbitrário, derivado da vontade do emissor de norma lhe é fundamental) é basicamente, uma compreensão do pensamento do legislador; portanto interpretação ex tunc (desde então, isto é, desde o aparecimento da norma pela posituação da vontade legislativa), ressaltando-se, em consonância, o papel preponderante do aspecto genérico e das técnicas que lhe são apropriadas (método histórico). Já para a doutrina objetivista, a norma goza de um sentido próprio, determinado por fatores objetivos (o dogma é um arbitrário social) independente até certo ponto do sentido que lhe tenha querido dar o legislador, donde a concepção da interpretação como uma compreensão ex nunc (desde agora, isto é, tendo em vista a situação e o momento atual de sua vigência), ressaltando-se o papel preponderante dos aspectos estruturais em que a norma ocorre e as técnicas apropriadas à sua captação (método sociológico)”.³⁴³

Segundo Ferraz Jr., tal polêmica que a dogmática jurídica não tem condições de colocar um ponto final, de raiz ideológica, levada ao extremo, conduz de uma lado, a um autoritarismo personalista ao centralizar na figura e vontade do legislador e de outro a um anarquismo ao pressupor a duvidosa equidade do intérprete.

³⁴² FERRAZ JR., Tércio Sampaio. op. cit., 1991, p. 141.

³⁴³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. op. cit., 1991, p. 242.

4. O culto à lei e o princípio da autoridade:

A identificação do Direito com a lei que submete o intérprete, como “profissão de fé” (Demolombe), ao culto das disposições legais, a um excessivo apego à lei e a vontade do legislador nela expressa, conferindo ao texto legal um poder inerente – a fetichização.

É pressuposto do pensamento exegético a impossibilidade de colocar em discussão a justeza “da palavra” do legislador expressa no texto legal, já que *“Se os juristas devessem proceder exclusivamente com base em afirmações racional ou empiricamente verificáveis, não poderiam cumprir sua função, visto que não seria sempre possível chegar a um juízo unânime, cientificamente fundado, sobre o que é lícito e o que não é.”*³⁴⁴ A Escola da Exegese foi sustentada por seus expoentes, comentadores do Código, cujos entendimentos serviram de dogma aos juristas.

As teorias jurídicas estruturadas na Europa durante o século XIX, apesar de possuírem como vínculo comum o objetivo de viabilizar e consolidar o novo paradigma político e social voltado para os interesses da burguesia triunfante, não constituíam uma unidade de soluções metodológicas. A Alemanha, em fins do século XVIII, que ocupava lugar de destaque no cenário do pensamento jurídico europeu, além de não ter sido palco da experiência revolucionária burguesa, não conhecia o modelo político do Estado Nacional. Na Europa a crença no racionalismo e no liberalismo revolucionário difundiam a convicção de que os Estados Modernos deveriam ordenar sua ordem jurídica através de uma codificação monopolizadora.

Nas raízes dos movimentos políticos contratualistas, o Estado (e o Direito Codificado) era idealizado como fruto de um contrato social racional a-histórico, portanto como forma universal e a-cultural, indiferente às particularidades históricas e culturais. *“Era isto que uma cultura de raízes nacionais, ancorada nas especificidades culturais dos povos, não podia aceitar. Uma organização política e jurídica indiferenciada, exportável, universalizante, aparecia, quando confrontada com os particularismos das*

³⁴⁴ BOBBIO, Noberto. op. cit., 1993, p. 89.

tradições nacionais, como um artificialismo a rejeitar."³⁴⁵ É contra esta visão artificial e intemporal de Estado e Direito que pensadores como Gustav Hugo (1764-1844), Friedrich Carl V. Savigny (1779-1861) e G.F. Puchta (1798-1846) buscam fontes não estaduais e não legislativas do direito, compreendendo a sociedade como um organismo sujeito à evolução histórica, onde a tradição do passado condiciona naturalmente o presente. Esta natural e peculiar evolução, sob tal ótica, possuiria como elemento permanente e atuante o "espírito do povo" (*Volksgeist*), que daria sentido e unidade à todas formas de manifestação culturais das diferentes Nações.

O processo de construção do positivismo na Alemanha, segundo Bobbio³⁴⁶, foi precedido pela desagregação dos "mitos" jusnaturalistas ligados à concepção filosófica racionalista – a filosofia iluminista de matriz cartesiana, tarefa que coube ao historicismo³⁴⁷ na primeira metade do século XIX, que tem sua origem na Escola Histórica do Direito. Chama a atenção BOBBIO *"...que "escola histórica" e "positivismo jurídico" não são a mesma coisa; contudo, a primeira preparou o segundo através de sua crítica radical ao direito natural."*³⁴⁸

Como decorrência das condições específicas do processo histórico e da concepção predominante no pensamento jurídico alemão em rejeitar o Estado como única fonte do direito e sua forma legislativa, é na filosofia da cultura organicista e evolucionista somada ao ambiente cultural do romantismo alemão, que a Escola Histórica vai buscar como pressuposto da ordem jurídica a idéia de que a sociedade, assim como um ser vivo, é um todo orgânico submetida a um processo de evolução histórica que é individualizada em cada povo. Este processo evolutivo histórico, neste entendimento, é movido por uma força, ou um

³⁴⁵ HESPANHA, Antônio M. op. cit., 1997, p. 181.

³⁴⁶ BOBBIO, Noberto. op. cit., 1993, p. 45.

³⁴⁷ O historicismo como tendência de pensamento que se opõe ao raciocínio puro e abstrato, dividiu-se em diversos ramos, designando várias reações contra as doutrinas racionalistas. Pode-se distinguir três correntes: o historicismo filosófico de Schelling e Hegel, o historicismo político dos teóricos da Restauração e o historicismo jurídico. No âmbito deste trabalho, apesar de considerar as importantes relações e inter-dependência entre as diferentes correntes, será trabalho historicismo jurídico. Sobre o historicismo alemão em suas diferentes vertentes vide DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia**. Tradução de Antônio José Brandão. Coimbra: Arménio Amado – Editor, 1979, LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d. e WIEACKER, Franz. op. cit., s/d.

³⁴⁸ BOBBIO, Noberto. op. cit., 1993, p. 45.

“espírito contínuo e atuante”: o espírito do povo (*Vosksgeist*) que confere unidade e sentido a todas manifestações culturais de uma nação, sendo o direito uma destas formas de manifestação, e, portanto, é o resultado da ação deste agente nuclear.

A partir deste pressuposto, assiste-se à construção do pensamento jurídico alemão positivista na primeira metade do século XIX, que sob o ponto de vista hermenêutico, servirá como base para a concepção formalista e organicista de Interpretação e Aplicação do Direito.

O primeiro passo de desmistificação do jusnaturalismo deu-se com Gustav Hugo. Como sugere o título de sua obra, *Tratado do Direito Natural como Filosofia do Direito Positivo*, escrita em 1798, entende-se que o direito natural não pode ser mais concebido como sistema normativo independente do direito positivo, mas como filosofia do direito positivo. Com tal afirmação, reduzindo o direito natural e filosofia ao direito positivo, efetua a passagem do jusnaturalismo para o juspositivismo. Na obra referida, quando se discutem as fontes do direito, ao colocar a questão central do que é direito, o Autor responde não sendo acreditando na “sabedoria” jusracionalista do legislador e sua “fábrica de leis”: “*Os letrados do direito, que apresentam à assinatura do monarca as suas opiniões[...] não devem ser, em média, mais avisados do que os seus contemporâneos, que pretendiam meter todo o direito nas leis*”.³⁴⁹ Na crítica que Hugo se lançou ao jusracionalismo a-histórico e seus legisladores, buscou construir uma ciência jurídica autônoma, empírica e filosófica, propondo uma sistematização interna da qual seria possível a construção conceitual dos conteúdos do direito positivo, antecipando as contribuições levadas pela Escola Histórica.

A reação ao movimento de codificação, considerado como fator de destruição e não de construção do direito, conduzirá à valorização dos elementos consuetudinário e doutrinal do direito e não ao direito legislado como pretendia o pensamento legalista-exegético, o que é evidenciado no debate travado entre Savigny e Antônio Frederico Justo Thibaut (1772-1840). Thibaut no ensaio *Sobre a necessidade de um direito civil geral para a Alemanha* (Heidelberg, 1814) defende que necessidade da codificação do direito com uma perfeição formal – normas jurídicas enunciadas de maneira clara e precisa – e substancial

³⁴⁹ WIEACKER, Franz. op. cit., s/d. p. 432-433.

– normas capazes de regular todas as relações sociais - como forma de unificação da Alemanha e avanço no pensamento jurídico.

Partindo de uma matriz iluminista, entende Thibaut que “[...]nos institutos fundamentais do direito se encontra uma disciplina universal [...], e assim subverte a clássica argumentação da escola histórica. Enquanto para esta a codificação [...] é algo artificial e arbitrário, para Thibaut, ao contrário, as diversidades locais do direito não têm nada de natural, sendo unicamente devidas ao arbítrio dos vários príncipes tais *diversidades*.”³⁵⁰ A reação de Savigny, já conhecido como grande jurista, é manifestada no mesmo ano com a publicação *Da vocação de nosso tempo para a legislação e a jurisprudência*, quando declara não ser contrário à codificação, mas que as condições históricas e culturais da Alemanha, que eram de decadência, inviabilizavam a construção de uma obra de tal importância. Para Savigny a maneira pela qual iria de superar os entraves do pensamento jurídico e político alemão não era a codificação, mas antes “[...]promover vigorosamente o renascimento e o desenvolvimento do direito científico, isto é, a elaboração do direito por obra da ciência jurídica.”³⁵¹

Tal discussão evidencia o antilegalismo como característica central do pensamento jurídico alemão que prioriza os elementos consuetudinário e doutrinal como referenciais na construção da ciência jurídica. O costume é valorizado exatamente por ser manifestação natural e espontânea do direito e a doutrina pelo entendimento da escola histórica que entendia serem os intelectuais capazes de revelar de maneira sistemática e organizada “o espírito do povo”.

Com a crença de que, apesar do direito originar-se da “alma do povo”, cabe ao jurista a tarefa de sistematização do direito, o que é demonstrado por sua preocupação em reconstruir o direito revelado pelos juristas nas obras *História do Direito Romano na Idade Média* (1815-1831) e *Sistema do Direito Romano Actual* (1840-1851).

O trabalho de Friedrich Carl Von Savigny é importante marco na

³⁵⁰ BOBBIO, Noberto. op. cit., 1993, p. 59.

³⁵¹ BOBBIO, Noberto. op. cit., 1993, p. 62.

renovação da ciência jurídica alemã, por submeter a ordem jurídica vigente à um tratamento “histórico” incorporando a história do direito à história global, já que o direito é parte integrante da cultura como um todo socialmente construído. Inicialmente é importante esclarecer que para Savigny a cultura é entendida como tradição espiritual, alertando Wieacker, que sem esta consideração, corre-se o risco de equivocadamente entender *espírito do povo* como realidade social ou com fundo biológico “[...] *e não como tradição cultural e, a partir daqui, acusar o seu programa de inconsequente.*”³⁵² Por entender o direito como “parte individualizada da vida do povo”, que “atua de maneira silenciosa” e surgindo “assim como a linguagem” das concepções do povo, não pode ser imposto como pretendiam os “legisladores jusracionalistas”.³⁵³

Em sua juventude Savigny – de tendência positivista-legalista – entende que o objeto da interpretação é a reconstrução do pensamento expresso na lei, na medida em que seja cognoscível a partir da lei. Coloca o interprete na posição “do legislador”, utilizando três elementos metodológicos: lógico, gramatical e histórico. *“Para que se possa atingir o pensamento da lei, têm de tomar-se em consideração as circunstâncias históricas do seu aparecimento; além disso, a interpretação necessita de conhecer tanto as particularidades como o significado de cada texto para o conjunto, pois “a legislação só se exprime ao nível de um todo” [...] e o “todo” do Direito só em sistema é reconhecível.*”³⁵⁴ A concepção sistemática do Direito é tomada no sentido de estabelecer a articulação normativa a partir de seu nexos interno, resolvendo a questão das lacunas – adverte Larenz que esta expressão não está presente em Savigny – por meio da analogia.

A concepção de interpretação em Savigny sofre alteração quando passa a considerar como fonte do direito “o espírito do povo” e não mais a lei. Já não é mais a interpretação uma questão de lógica, mas de “sentimento e intuição”, pois a norma rege as

³⁵² WIEACKER, Franz. op. cit., s/d. p.439.

³⁵³ Savigny desde jovem entusiasmado com o estudo do direito romano da Idade Média, vê no estudo do direito romano “em suas raízes” (as fontes justinianas) uma maneira de “separar todos os elementos culturais da ciência histórica e conseguir assim domínio sobre esta”: a tradição, já que pressupunha que a história possui dentro dela “todas as áreas culturais” que sofrem sua influência. Centraliza seus estudos no direito romano da antiguidade com preocupação de buscar “o estado originário” do povo – “o melhor de sua vida espiritual”.

³⁵⁴ LARENZ, Karl. op. cit., s/d. p. 10-11.

condutas, não por ser fruto de um pensamento racional, mas pela “consciência de sua necessidade intrínseca”³⁵⁵. Nesta nova fase, do conceito de sistema é extraído o conceito de instituto jurídico, na medida em que, pressupunha um nexó vital entre elementos que o constituem, e a interpretação das regras contidas na lei, em decorrência deste entendimento, é obtida a partir da intuição do instituto jurídico.

*“O instituto jurídico é pois um todo, pleno de sentido e que se transforma no tempo, de relações humanas consideradas como típicas, nunca logrando, por isso, ser exposto inteiramente pelo somatório das normas que lhe dizem respeito. Não são as regras jurídicas que, no seu complexo, produzem os institutos jurídicos, antes – acentua Savigny – são essas regras que, por abstracção [...], se extraem «artificialmente» da intuição global dos mesmos institutos jurídicos (considerados no seu nexó orgânico) [...]. Sem prejuízo de toda a conformação e elaboração conceptual, é pois, na intuição do instituto jurídico que as regras encontram o seu último fundamento.”*³⁵⁶

Savigny na sua segunda fase, compreende que a interpretação das normas se dá a partir da intuição dos institutos jurídicos que norteia o legislador na formulação normativa que conduz a um desajuste entre a intuição e a forma abstrata da norma. Segundo a ótica organicista que orienta Savigny, a superação deste desajuste é tarefa constante da ciência do Direito, conciliando a intuição e o conceito: “[...]se a intuição lhe representa o todo, o conceito (e a regra através dele constituída) só consegue abranger um aspecto parcial, e, por isso, precisa de ser constantemente alargado e legitimado de novo por intermédio da intuição.”³⁵⁷ Entretanto, não demonstra como ocorre o “trânsito” da intuição do instituto para a norma abstrata, e desta, para a intuição originária

Na trajetória do pensamento de Savigny, permanecem os elementos histórico e sistemático como pressupostos metodológicos interpretativos. O primeiro permite compreender a formação normativa e sua inter-relação com a historicidade peculiar de cada povo e o segundo por permitir a compreensão das normas e institutos em sua totalidade a

³⁵⁵ LARENZ, Karl. op. cit., s/d. p. 12.

³⁵⁶ LARENZ, Karl. op. cit., s/d. p. 13.

³⁵⁷ LARENZ, Karl. op. cit., s/d. p. 13.

partir do vínculo unitário e globalizante – nexó orgânico - subjacente ao sistema jurídico. Tal metodologia pretende investigar a ordem normativa como portadora da historicidade, por possuir a ordem normativa intrinsecamente um todo orgânico, vital e em constante desenvolvimento. “[...]se debe tomar el sistema en su totalidad y considerarlo como progresivo, esto es, como historia del sistema de la jurisprudencia en su totalidad.”³⁵⁸

Se o pensamento de Savigny compreendia que a cientifização do direito seria possível com a sistematização de seus conceitos partindo de uma análise histórica da construção do pensamento jurídico, acabou por uma revisão erudita do passado. Com o objetivo de compreender o desenvolvimento orgânico e vital dos institutos jurídicos, há uma retomada da perspectiva racionalista e idealista que se divorcia de sua fonte originária, buscando o vínculo entre o espírito do povo e a sistematização dos institutos jurídicos.

*“En la ciencia del derecho, tal como describe Savigny en sus obras de madurez, no puede preterirse una función previa a la misma, cual es la interpretación. La ciencia del derecho es fuente de progreso, pero ella previamente supone la actividad de captación de su sentido, e la que Savigny llama asimilación de las reglas del derecho. Tal labor se identifica con el conocimiento jurídico y no se reduce, como pudiera pensarse, a los pasajes oscuros de una ley o las fuentes con deficiencias materiales. Pues bien, esa labor es una actividad creadora del espíritu que da el tenor a toda la ciencia jurídica: se trata del reconocimiento de la ley en su verdad y de una búsqueda minuciosa de cuál sea el sentido de la ley”.*³⁵⁹

A reconstrução do pensamento jurídico a que se propõe Savigny parece significar a tentativa da captação do sentido da lei e dos institutos jurídicos acima de qualquer técnica interpretativa, como intuição dos institutos e sua compreensão orgânica, sem

³⁵⁸ FERNÁNDEZ-LARGO, Antônio Osuna. op. cit., 1993, p. 91. [Trad.: [...] se deve tomar o sistema em sua totalidade e considerá-lo como progressivo, isto é, como história do sistema e da jurisprudência em sua totalidade.]

³⁵⁹ FERNÁNDEZ-LARGO, Antônio Osuna. op. cit., 1993, p. 22-23. [Trad.: A ciência do direito, tal qual descreve Savigny em suas obras de maduro, não pode pretender-se uma função prévia a mesma, qual é a interpretação. A ciência do Direito é fonte de progresso, mas ela previamente supõe a atividade de captação de seu sentido, e a que Savigny chama “assimilação” de regras do direito. Tal trabalho se identifica com o conhecimento jurídico e não se reduz, como se poderia pensar, a passagens escuras de uma lei ou as fontes com deficiências materiais. Pois bem, este trabalho é uma atividade criadora do espírito que dá o tom a toda ciência jurídica: se trata de um reconhecimento da lei em sua verdade e de uma busca minuciosa de qual seja o sentido da lei.]

que haja a discussão de como tratar historicamente os institutos, terminando por considerar os institutos jurídicos não como realidade social, mas como generalizações jurídicas. O caráter orgânico que pretende conferir ao direito não significa o reconhecimento da organicidade da realidade social, mas sobretudo, trata-se de uma abstração teórica –jurídica desta realidade sem estabelecer o vínculo inicial a que se propunha da relação jurídico-vital com o “espírito do povo”. Divorciando, assim, paulatinamente a realidade com sua manifestação jurídica, sua sistematicidade acaba por conduzir à um tratamento conceitualista e formalista do direito.

Se Savigny intencionava buscar as raízes do direito presente a partir da historicidade, na prática, compreendeu os conceitos abstratos e idealizados pelo direito, já que a construção da história jurídica que foi objeto de análise não discute a validade e natureza da ordem jurídica. Ao repudiar a filosofia racionalista, deixou de conferir fundamentação à sua historicidade, entretanto, consegue seu objetivo ao conferir tratamento formal ao direito, tarefa que será levada a cabo, dentre outros por Puchta.

Como decorrência da idéia já consolidada de sistematicidade do direito por sua fonte originária ser um todo orgânico (o “espírito do povo”), a unidade dos institutos jurídicos seria conferida por um “principio orientador”, “uma alma”. A compreensão e sentido dos institutos, nesta ótica, seria obtida a partir da sistematização dos princípios gerais que, através da dedução, seria possível obter os demais princípios. Esta idéia de conhecimento jurídico orientada por princípios gerais, explica-se pela predominância do ideal de ciência fundada no formalismo kantiano, “[...] *que destaca a função estruturante das categorias e dos princípios gerais do conhecimento científico*”.³⁶⁰ Predomina, assim, a concepção de cientificidade do direito passa a vincular-se a coerência interna das categorias do sistema do saber independente de sua vinculação com a realidade externa.

Com o tratamento formal do direito histórico e legislado, seria possível extrair princípios gerais que explicariam e produziriam toda uma ordem normativa subsequente, incorporando definitivamente os postulados positivistas de cientificidade. Ao produzir uma coerência no sistema, não estaria o jurista a criar o direito de maneira arbitrária, mas apenas identificando e descrevendo de maneira neutra o que era objetivamente dado. A

³⁶⁰ HESPANHA, Antônio M. op. cit., 1997, p. 186.

neutralidade e objetividade pretendida pelo direito passa a legitimar uma ordem jurídica fundada na racionalidade – como foi discutido pelo pensamento weberiano – capaz de servir de instrumento de racionalização social, independente de qualquer valoração política ou social.

Com Georg Friedrich Puchta (1798), renunciando à idéia de relação jurídica orgânica e de instituições como idealizou Savigny, com uma específica compreensão de sistematicidade científica do direito, admite-se como fonte do direito os próprios conceitos jurídicos, a partir de uma “pirâmide conceitual”, isto é, segundo Wieacker, “[...]a hierarquia dos conceitos a partir dos axiomas, é construída de forma contínua e sem lacunas e a dedução das normas jurídicas isoladas e das decisões jurídicas concretas só se torna possível observando o estrito rigor lógico”.³⁶¹ Partindo de uma “genealogia dos conceitos”³⁶², Puchta compreende a legitimidade da norma com base em sua correção sistemática, verdade lógica e sua racionalidade, sendo assim, a própria criação do direito originária “do conceito”, portanto considera o direito como produto da dedução científica.

Dos pressupostos positivistas determinados pelo tratamento formal conceitualista dado ao direito, definiram-se princípios hermenêuticos que passaram a orientar a interpretação e aplicação do direito modernamente, que podem ser assim resumidos:

A crença na hermeticidade do sistema jurídico: com a idéia de que o sistema jurídico é um sistema autônomo, coerente e fechado, constituído por institutos e normas jurídicas independentes da realidade social, coloca a “teoria da subsunção” como orientação “correta” interpretação e aplicação do direito. Unicamente através de uma operação lógica capaz de subsumir uma situação dada pela realidade à valoração hipotética contida em um princípio geral normativo conduziria a uma “justa” decisão, tal qual uma operação matemática.

³⁶¹ WIEACKER, Franz. op. cit., s/d. p. 457.

³⁶² Segundo WIEACKER a “genealogia dos conceitos” seria originária da postura dos jurista de seguir de “cima a baixo a descendência de cada conceito através de todos os elementos que têm parte na sua formação”, conhecendo a origem de cada direito até chegar à um conhecimento puro de direito – um conceito supremo – podendo retornar a cada um dos conceitos subjacentes isolados.

O idealismo científico formal serviu como fundamento da crença de que o direito, tal qual as ciências naturais, é regido por princípios gerais apreendidos empiricamente. Por via de consequência, torna-se insondável a justeza das decisões na medida em que, trata-se de uma operação mental lógica (apenas verdadeira ou falsa) independente da valoração do conteúdo e da finalidade das decisões, já que a interpretação limita-se a correta subsunção através de um ato lógico. Com esta noção elimina-se do sistema jurídico a possibilidade de lacunas, sendo que o trabalho do juiz em aparente lacuna seria de “revelar” a solução já existente no próprio sistema.

Uma concepção objetivista de interpretação jurídica: se o direito se constitui num sistema coerente de conceitos manifestados no direito positivado, o sentido das normas seria conferido pelo próprio sistema. Portanto, o sentido da norma, diferentemente do entendido pelo legalismo exegético, não seria obtido estabelecendo-se a “vontade do legislador”, mas de sua inserção no contexto sistemático normativo, ou seja, um sentido objetivamente dado.

2.3. A Hermenêutica Jurídica Moderna como Construção Idealista

Os pré-condicionantes jurídicos acima considerados serviram de norte para a delimitação da concepção hermenêutica que passou a dominar o pensamento jurídico moderno, representando o instrumental categórico do qual o intérprete se apropriou intelectivamente para a manutenção da ordem jurídica. A atividade interpretativa e aplicativa do Direito é concebida em termos idealistas: a apreensão do justo – do ser, da idéia – através da norma positivada, cuja categoria fundamental é o conceito de sistema enquanto explicação da atividade do intérprete.

O conceito de Direito enquanto sistema, conforme já considerado, possui suas raízes no modelo racionalista-positivista de ciência incorporado pelo pensamento jurídico cujos pressupostos (autonomia do saber científico, métodos lógico-empíricos,) passam a orientar a aplicação do Direito como trabalho silogístico, concebendo, assim, a decisão judicial como resultado da perfeita adequação lógica do ordenamento jurídico ao caso

concreto. Neste modelo, a premissa maior é constituída pela norma ou conjunto normativo estabelecido pela positivação e a premissa menor o fato da realidade social que exige uma resposta jurídica. A interpretação e aplicação do Direito é, sob tal ótica, a subsunção da premissa maior à premissa menor, sendo o procedimento jurídico um processo que busca investigar os fatos e aplicar a norma disponível no sistema.

Para o pensamento jurídico tradicional, o modelo de sistema é tendenciosamente de um todo unitário e coerente, portanto, logicamente relacionado, sendo o essencial estabelecer a mútua relação do todo com as partes, garantindo a unidade do sistema. Significa dizer que o significado das normas é restrito “[...]por su lugar y su función dentro de la totalidad, según las relaciones específicas existentes entre el todo y las partes y entre las partes entre si”.³⁶³ Em tal dimensão, o caráter sistemático é o pressuposto técnico inerente tanto de elaboração quanto de conhecimento jurídico, portanto, como princípio dogmático. Tomando-se hermenêutica jurídica enquanto dogmática, ou seja, como o modelo conceitual (instrumental técnico-racional) de elaboração e aplicação do Direito, numa ótica descritiva, a dogmática é tomada como instrumental técnico-jurídico indicativo que, segundo Saavedra, “[...]no solo porque posibilita una ordenación de la materia, sino porque sustrae a una consideración constantemente renovada adoptadas en relación a un determinado problema y conectadas a la correspondiente figura dogmática.”³⁶⁴

O raciocínio dogmático hermenêutico adotado pelo pensamento positivista, como chama a atenção Plauto Faraco³⁶⁵, conduziu ao uso abusivo da lógica, reduzindo a hermenêutica a uma tarefa técnico-normativa cuja função é extrair dos conceitos e estruturas permanentes do Direito, tratando-se de uma investigação empírica. O resultado é uma identificação da lógica com lógica formal tomando o raciocínio metodológico hermenêutico próximo às ciências dedutivas – o objetivo da interpretação é determinar o

³⁶³ SAAVEDRA, Modesto. op. cit., 1978, p. 53. [Trad.: [...] por seu lugar e sua função dentro da totalidade, segundo as relações específicas existentes entre o todo e as partes e entre as partes entre si.]

³⁶⁴ SAAVEDRA, Modesto. op. cit., 1978, p. 54-55. [Trad.: [...] não só porque possibilita uma ordenação da matéria, senão porque subtrai uma consideração constantemente renovada adotadas em relação a um determinado problema e conectadas a correspondente figura dogmática.]

³⁶⁵ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do Direito e Contexto Social**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 47-49.

correto e verdadeiro sentido da norma – e absolutamente a-valorativo e neutro. Com as reflexões pós-positivistas – a exemplo de Betti e Perelman – é incorporado o aspecto valorativo na hermenêutica jurídica, sem que entretanto se tenha rompido com o pressuposto essencial de tomar a hermenêutica como instrumento técnico-metodológico-idealista de interpretação e aplicação do Direito, que parte da busca do “sentido último imanente” da norma.

O caráter lógico-sistemático da tradicional hermenêutica jurídica ignora o aspecto condicionante-condicionado da dogmática, por prender-se a uma concepção metafísica de conhecimento e uma relação sujeito-objeto dicotomizada. Considerar tais condicionantes significa adotar uma metodologia hermenêutica crítica, capaz de revelar o caráter histórico e sua vinculação aos postulados que incorporam a valorização jurídica do mundo circundante, e por via de consequência sua finitude. Tal aspecto mais adiante será retomado ao se desenvolver uma análise hermenêutica jurídica sob a ótica gadameriana.

Perelman define a lógica como o exame das condições de elaboração do raciocínio, enquanto produto de uma atividade intelectual, independente das condições de sua elaboração (aspectos psicológicos, fisiológicos, sociais e culturais). O raciocínio, diz Perelman, pode ser examinado enquanto *“[...]o modo como foi formulado, o estatuto das premissas e da conclusão, a validade do vínculo que as une, a estrutura do raciocínio, sua conformidade a certas regras ou certos esquemas conhecidos de antemão: este exame pertence a uma disciplina que tradicionalmente chamamos de lógica.”*³⁶⁶ A análise do raciocínio, de maneira sistemática feita por Aristóteles no *Organon*, distingue os raciocínios analíticos dos dialéticos. Os analíticos são aqueles que, partindo de uma premissa indiscutivelmente verdadeira, com inferências válidas, chegam a conclusões igualmente válidas ou verdadeiras, sendo portanto, impossível que a conclusão seja falsa se o raciocínio for feito corretamente. O padrão do raciocínio analítico é, para Aristóteles, o silogismo, cuja validade independe do conteúdo sobre o qual se raciocina, já que depende exclusivamente da forma. Os raciocínios dialéticos examinados por Aristóteles, dizem respeito aos meios de persuadir e convencer pelo discurso, de criticar as teses contrárias, defender e justificar as próprias. A diferenciação entre o raciocínio analítico e dialético está no modo de silogismo

³⁶⁶ PERELMAN, Chaïm. op. cit., 1998, p. 1.

utilizado por um e outro. No silogismo dialético, as premissas não são enunciadas, subtendendo-se conhecidas ou aceitas e sua função, eminentemente persuasiva, é levar a uma decisão.

*“Com efeito, a estrutura da argumentação que motiva uma decisão parece muito diferente da de um silogismo pelo qual passamos das premissas a uma conclusão. Enquanto no silogismo a passagem das premissas à conclusão é obrigatória, o mesmo não acontece quando se trata de passar dos argumentos à decisão: tal passagem não é de modo algum obrigatória, pois se o fosse não estaríamos diante de uma decisão, que supõe sempre a possibilidade quer de decidir de outro modo, quer de não decidir de modo algum.”*³⁶⁷

A lógica jurídica, entende Perelman, não deve ser confundida com a lógica formal, pois isto levaria a reduzir o raciocínio jurídico a estruturas formais (*a priori*, *a contrario*, *a fortiori*). O raciocínio jurídico, no pensamento de tal autor, trata-se essencialmente de argumentação, por constituir uma reflexão acerca dos limites possíveis a serem atingido pelo juízo, que deve ser razoável e justo. E conclui Perelman: “A lógica jurídica é ligada à idéia que fazemos do direito e se lhe adapta”.³⁶⁸ No Direito, ao longo de sua história, as técnicas de raciocínio jurídico sempre buscaram uma conciliação com a aceitação social das decisões. Isto por si mesmo, demonstra a impossibilidade ou insuficiência de um modelo de raciocínio puramente formal que não infira juízo de valor, portanto, guiada ideologicamente.

O pensamento exegetico, fruto do racionalismo moderno e base da concepção moderna de Direito, reduziu o direito à lei, confiando ter construído um sistema tão perfeito que bastaria ao intérprete se apropriar de regras adequadas para extrair um silogismo, adotando, assim, um modelo lógico-analítico de raciocínio. Os pressupostos de tal modelo são: a formalização axiomática do sistema, a univocidade dos signos e a completude do sistema. Diz Perelman:

³⁶⁷ PERELMAN, Chaïm. op. cit., 1998, p. 3.

³⁶⁸ PERELMAN, Chaïm. op. cit., 1998, p. 7.

“Ora, o artigo 4 do Código de Napoleão, ao proclamar que o juiz não pode recusar-se a julgar sob pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, obriga-o a tratar o sistema de direito como completo, sem lacunas, como coerente, sem antinomias e como claro, sem ambigüidades que dêem azo a interpretações diversas. Somente diante de um sistema assim é que o papel do juiz seria conforme à missão que lhe cabe, a de determinar os fatos do processo e daí extrair as consequências jurídicas que se impõem, sem colaborar ele próprio na elaboração da lei. Foi nesta perspectiva que os juristas da escola da exegese se empenharam em seu trabalho, procurando limitar o papel do juiz ao estabelecimento dos fatos e à sua subsunção sob os termos da lei.”³⁶⁹

Na tradição deste pensamento, portanto, as noções de clareza e interpretação são antitéticas, pois não cabe interpretação quando o texto é claro e a finalidade é de manter a unidade do sistema. O “servidor da lei” não deveria buscar fora dela regras para guiá-lo, ele era a “boca da lei”, o “porta-voz” da ordem jurídica posta. Tais princípios interpretativos são penosamente mantidos até os finais do século XIX quando os defensores de outras concepções interpretativas – dentre elas a teleológica e sociológica – ampliam a noção de lacunas (das lacunas *intra legem* defendidas pelos conservadores positivistas a lacuna de construção defendida pelas correntes críticas), ampliando e emancipando o caráter interpretativo, até então sob a tutela exclusiva do legislador.

As concepções de direito e de raciocínio jurídico, em sua vertente neo-positivista, desenvolvidas na primeira metade do século XX, como “reação” ao positivismo tradicional que nega qualquer aspecto filosófico, conduziram a uma redefinição da idéia estritamente legalista e formalista do Direito, sem entretanto, perder ou menosprezar a segurança jurídica – em seu sentido mais tradicional - e evitar a subjetividade e arbitrariedade. Passa-se a admitir a superação do modelo analítico do raciocínio jurídico, porém, numa reflexão essencialmente metodológica e desvinculada de qualquer aspecto ideológico. Em tal ótica, como é inadmissível suprimir do raciocínio jurídico os juízos de valor, é estabelecida uma nova lógica: a lógica dos juízos de valor. Mantendo um ponto de vista tradicional, estas novas correntes revisionistas afirmam que apenas experiência e a demonstração é capaz de estabelecer a verdade dos fatos e das proposições, já que o juízo de

³⁶⁹ PERELMAN, Chaïm. op. cit., 1998, p. 35-35.

valor é algo sempre controvertido. Em não sendo havendo um método racional que permita estabelecer um acordo sobre eles, admite-se uma razão prática aplicada aos domínios da ação, “[...]desde a ética até a política, e justifica a filosofia como busca da sabedoria”.³⁷⁰ Segundo Perelman, inexistindo técnicas unânimes para tal modelo, o que se impõe é o uso de raciocínio dialético e retórico que “[...]visam estabelecer um acordo sobre valores e sobre sua aplicação, quando estes são objeto de uma controvérsia”.³⁷¹ A nova retórica, defendida por Perelman, é um instrumento da razão prática e fundamental para uma nova concepção de lógica jurídica.³⁷²

Para o referido autor, a lógica jurídica possui por finalidade demonstrar a aceitabilidade das premissas estabelecidas no raciocínio jurídico, confrontando os meios de prova, argumentos e valores que se colocam ao jurista. Porém, nada impede que tal raciocínio seja silogístico e igualmente nada garante o valor de sua conclusão, ou seja, se as premissas são aceitáveis socialmente. E conclui: “[...]não devemos esquecer que todo o debate judiciário e toda lógica jurídica concernem apenas à escolha das premissas que forem mais bem motivadas e suscitem menos objeções”.³⁷³ Assim, defende Perelman, que a lógica jurídica apresenta-se como uma argumentação, sem desconsiderar a possibilidade do raciocínio silogístico.

Esta nova concepção de lógica, enquanto teoria da argumentação e de raciocínio jurídico, que busca estabelecer um sentido a partir da inferência de situações particulares a outras estabelecidas como premissas, pode ser caracterizada como, segundo Saavedra “[...]como una teoria de la dedución, del análisis y de las relaciones formales del pensamiento, de la prueba científica y de las operaciones que permiten pasar de unas proposiciones verdaderas a otras.”³⁷⁴ Para evitar defeitos na argumentação, parece evidente

³⁷⁰ PERELMAN, Chaïm. op. cit., 1998, p. 136.

³⁷¹ PERELMAN, Chaïm. op. cit., 1998, p. 139.

³⁷² A respeito da nova lógica jurídica proposta por Perelman sugere-se a leitura do segundo capítulo de sua obra, sob o título de **lógica jurídica e nova retórica**.

³⁷³ PERELMAN, Chaïm. op. cit., 1998, p. 242.

³⁷⁴ SAAVEDRA, Modesto. op. cit., 1978, p. 56. [Trad.: [...] como uma teoria da dedução, de análise e das relações formais do pensamento, da prova científica e das operações que permitem passar de umas proposições verdadeiras a outras.]

que tal postulado apoia-se em dois pilares: a axiomatização do Direito e o emprego do silogismo herdado da lógica formal. O método axiomático possui como característica o princípio de que os axiomas – proposições básicas – são aceitos sem demonstração e os demais teoremas são elaborados a partir dos axiomas, mediante determinadas regras de dedução.

Por sua pretensão, a lógica não soluciona uma questão fundamental da hermenêutica jurídica: os axiomas continuam necessitando de uma interpretação, é necessária uma clara fixação de seus significados. A lógica e a axiomatização do Direito por exigirem a eliminação da ambigüidade, recaem na análise da linguagem reduzida ao estudo da sintaxe da linguagem jurídica em três níveis de problematização: sintático, semântico e pragmático. Para facilitar a formação e comprovação das expressões jurídicas utiliza-se uma metalinguagem (regras de interpretação, de definição, etc) enquanto linguagem objeto, que dentro da idéia de sistema jurídico, também podem fazer parte do sistema positivo. Diz Saavedra: *“Si el plano del metalenguaje puede dirigir y orientar tal confirmación: el estilo de discusión, las “perspectivas de conocimiento”, manteniendo más o menos estable el sistema, siempre estarán presentes los límites de relativización del lenguaje usual.”*³⁷⁵ Portanto, permanece como problema que exige resposta, em quê consistem os recursos interpretativos para uma análise da linguagem jurídica, já que inexistente um sistema extralingüístico que sirva como critério para a apreensão da linguagem. *“El concepto de algo sólo es concepto dentro del lenguaje”*.³⁷⁶

Conclui Saavedra:

“La discusión y argumentación, ineludibles para la fijación de “un tipo de lenguaje”, tranpasan el umbral de una correcta utilización lógica de los símbolos para entrar en el ámbito de la comunicación intersubjetiva y de la “comprensión”, ámbito donde haría su aparición la temática objeto de un saber hermenéutico sobre el lenguaje (en su sentido idealista de “logos”) o de una “lógica” hermenéutica, que tiene que ver, como vimos, con los problemas

³⁷⁵ SAAVEDRA, Modesto. op. cit., 1978, p. 57-58. [Trad.: Se o plano da metalinguagem pode dirigir e orientar tal confirmação: o estilo de discussão, as perspectivas de conhecimento, mantendo mais ou menos estável o sistema, sempre estarão presentes os limites de relativização da linguagem usual.]

³⁷⁶ SAAVEDRA, Modesto. op. cit., 1978, p. 58. [Trad.: O conceito de algo só é conceito dentro da linguagem.]

*derivados de la adscripción y comprobación del sentido.
Por consiguiente también la lógica confirma la historificación de las
construcciones dogmáticas: éstas se apoyan en un sentido descubierto
y posibilitado por la naturaleza de los niveles no sintácticos del
sistema de normas.*”³⁷⁷

Em função das críticas lançadas pela nova lógica jurídica, o sistema jurídico deixa de ser considerado um sistema fechado para caracterizar-se como sistema aberto, ganhando dinâmica pelos aspectos jurídicos-valorativos. A coerência do sistema é conferida pela ação dos princípios gerais, de natureza valorativa, que orientam a ordem jurídica. Entretanto, chama a atenção Saavedra que tal postulado tem mais relevância teórica do que prática. A noção de sistema aberto – com a nova lógica como método de acesso – enquanto oposição a idéia de sistema fechado – legada pelo positivismo legalista do século XIX – não deixa de possuir um aspecto fundamental para a discussão hermenêutica que supera a tradicional hermenêutica da consciência: é produto de uma consciência intelectual e não um dado prévio acessível ao sujeito de maneira imparcial. Neste sentido, interpretar não é a revelação de algo que já está implícito no sistema, obtido através de uma metodologia retórica-dialética, como subsunção, pois se coloca como discussão anterior os pressupostos de conhecimento e interpretação do Direito.

Assim, a insuficiência do modelo de sistema para a fixação do sentido de um texto jurídico, aponta para o esclarecimento de que não se elimina a possibilidade de uma discussão hermenêutica no âmbito filosófico: o sentido está na concepção de relação existente entre o sujeito e o texto normativo e não no aspecto essencialmente metodológico. A “palavra” do texto apenas é acessível pela situação existencial do intérprete – o caso concreto que necessita de resposta jurídica – cujo início do processo é a delimitação do horizonte jurídico enquanto categoria conceitual onde estão enraizadas as possibilidades interpretativas.

³⁷⁷ SAAVEDRA, Modesto. op. cit., 1978, p. 58. [Trad.: A discussão e argumentação, iniludíveis para a fixação de um tipo de linguagem, transpassam o umbral de uma correta utilização lógica dos símbolos para entrar no âmbito da comunicação intersubjetiva e da compreensão, âmbito de onde faria sua aparição a temática objeto de um saber hermenêutico sobre a linguagem (em seu sentido idealista de “logos”) ou de uma “lógica” hermenêutica, que tem a ver, como vimos, com os problemas derivados da descrição e comprovação “do sentido”.

Por conseguinte também a lógica confirma a historificação das construções: estas se apoiam no sentido descoberto e posibilitado pela natureza dos níveis não sintáticos do sistema de normas.]

*“Pues bien las mismas posibilidades de solución aportadas por el caso a resolver, que son las que determinan el acceso al texto legal, condicionan sustancialmente el mantenimiento y la dirección del proceso de búsqueda. No solo el si sino el cómo. Es desde el problema concreto desde donde se ve la claridad u oscuridad del texto legal. Se puede decir que en sí no hay texto suficientemente claro. Que no esté necesitado de interpretación no se desprende del texto mismo, de su supuesta claridad, sino del problema planteado, que es el que explicita la posición del intérprete y su horizonte jurídico. Esse problema planteado arroja la “pregunta” respecto a la cual el texto tiene que ser entendido como respuesta.”*³⁷⁸

Modificados os pressupostos positivistas acerca da idéia de sistema, abre-se um campo para a filosofia, enquanto atividade orientadora da prática jurídica, quer no plano legislativo como no plano aplicativo, mas que encontra forte resistência pelo pensamento jurídico dominante que prefere ainda adotar um modelo idealista de hermenêutica.

Emilio Betti (1890-1968), dentro da tradição romântico-idealista, buscando superar a dimensão psicológica da hermenêutica dilttheyana, em 1948 publica *A Interpretação da Lei e dos Atos Jurídicos* com o objetivo de levar ao campo jurídico, a partir de uma hermenêutica geral de caráter objetivo-idealista, uma proposta de Teoria de Interpretação e Aplicação do Direito. O conjunto da obra de hermenêutica geral de Betti é composta fundamentalmente por uma obra de grande fôlego – 1000 páginas – sob o título *Teoria Geral de Interpretação* publicada em 1955, e de dois manifestos – *Fundamentação de uma Teoria Geral de Interpretação* e *A Hermenêutica como Metodologia das Ciências do Espírito*, publicados respectivamente em 1954 e 1962, a partir das quais são demarcados seus conceitos operacionais. Segundo Grondin³⁷⁹, o que é inerente à obra de Betti é seu caráter polêmico e “reacionário”. Por resistir firmemente às concepções existencialistas que sentia nos trabalhos de Heidegger e Bultmann, reabilita uma concepção hermenêutica fortemente

³⁷⁸ SAAVEDRA, Modesto. op. cit., 1978, p. 66. [Trad.: Pois bem, as mesmas possibilidades de solução provocadas pelo caso a resolver, que são as que determinam o acesso ao texto legal, condicionam substancialmente a manutenção e a direção do processo de busca. Não só ele senão o como. É a partir do problema concreto de onde se vê a clareza ou obscuridade do texto legal. Se pode dizer que em si não há texto suficientemente claro. Que não necessite de interpretação não se desprende do texto em si mesmo, de sua suposta clareza, senão o problema colocado, que é o que explicita a posição do intérprete e seu horizonte jurídico. Esse problema colocado lança a pergunta a qual o texto deve que ser entendido como resposta.]

³⁷⁹ GRONDIN, Jean. op. cit., 1999, p. 209.

vinculada a padrões de cientificidade que possam garantir a objetividade das interpretações.

Sua proposta hermenêutica é de caráter universal, no sentido epistemológico, pois entende que todas as formas de interpretação científicas possuem uma estrutura gnoseológica comum, cujos critérios devem ser elaborados por uma hermenêutica que deve servir de fundamento a todas ciências do espírito. Para Betti, o processo interpretativo, operado através da linguagem, é uma resposta ao problema da compreensão, pressupondo a divisão entre a ação e o evento, pois define como interpretação a ação pela qual o resultado (evento útil) é entender.

*“El proceso interpretativo, en cuanto responde al problema del entender (como es planteado por Humboldt) es único e idéntico en sus elementos fundamentales, no obstante las necesarias diferencias de sus diversas aplicaciones. Se trata siempre de una exigencia que solicita la espontaneidad del que es llamado a entender y que no puede ser satisfecha sin su activa colaboración. Exigencia que parte de un objeto, constitutivo de forma representativa y que se dirige a un sujeto, que es espíritu actual, viviente y pensante, dispuesto y puesto a entender según los intereses de la vida presente que pueden ser orientados en sentidos distintos.”*³⁸⁰

A compreensão, para Betti, é um processo através um espírito estranho, expressado significativamente através da linguagem, é captado (reconhecido) por um espírito pensante e reconstruído; “[...]el conocer es un reconocer o reconstruir el espíritu que, a través de la forma de su objetivación, habla al espíritu pensante, el cual se siente por ello afín en la común humanidad[...]”³⁸¹ Assim, a condição prévia para a compreensão é a existência de uma entidade supra-individual que se manifesta através das formas significativas e se transfere para o sujeito, caracterizando a interpretação como uma inversão do processo de

³⁸⁰ BETTI, Emilio. *La Interpretacion de las Leyes y Actos Juridicos*. Tradução de José Luis de los Mozos. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1975, p. 29. [Trad.: O processo interpretativo, enquanto responde ao problema do entender (como colocado por Humboldt) é único e idéntico em seus elementos fundamentais, não obstante, as necessárias diferenças de suas diversas aplicações. Se trata sempre de uma exigência que solicita a espontaneidade do que não pode ser satisfeita sem sua ativa colaboração. Exigência que parte de um objeto, constitutivo de forma representativa e que se dirige a um sujeito, que é um espírito atual, vivente e pensante, disposto e colocado a entender segundo os interesses da vida presente que podem ser orientados em sentidos distintos.]

³⁸¹ BETTI, Emilio. op. cit., 1975, p. 30. [Trad.: [...] o conhecer é um reconhecer ou reconstruir o espírito que, através da forma de sua objetivação, fala ao espírito pensante, no qual se sente afim em comum humanidade [...]]

criação. Afirma Betti:

“Aquí, en suma, el conocer es un reconocer o reconstruir el espíritu que, a través de la forma de su objetivación, habla al espíritu pensante, el cual se siente por ello afín en la común humanidad: es un reconducir y juntar de nuevo la forma con la interioridad que la há generado y de la cual se há separado, un interiorizar transponiendo en todo caso el contenido en una subjetividad diversa de la suya originaria. De este modo, tiene lugar una inversión del proceso creativo en el proceso interpretativo[...]”³⁸²

De maneira explícita Betti defende que a interpretação é um ato de subordinação que se opera através da subjetividade do intérprete, sua sensibilidade e capacidade de adequadamente tornar objetivo o sentido expreso. Portanto, a interpretação é sempre o conhecimento de uma *mens auctoris* tal qual foi idealizada, devendo o intérprete abandonar “[...]seus interesses e projeções pessoais, e respeitar a autonomia do significado pretendido pelo autor.”³⁸³ Servindo-se de forma idealístico-romântica da doutrina do espírito interior, tal qual havia sido apropriada por Schleiermacher e Dilthey, explica a compreensão como o processo de objetificação de uma espiritualidade, o que o leva a reafirmar a hermenêutica como teoria geral das ciências do espírito.³⁸⁴

“Tal como Dilthey que o precedeu, Betti recorre a Kant e aceita, sem reservas, a sua Revolução Copernicana. O conhecimento não é um espelho da realidade; os seus objectos são determinados pela maneira como os compreendemos. A origem das categorias que intervêm na apreciação crítica, i.e., a autonomia da Razão, tem estado sempre sujeita a ataque de ambos os lados: de um deles o psicologismo e o sensualismo criados por Hume; do outro, o «subjetivismo» e o relativismo em relação aos valores intelectuais e morais, dos existencialistas, que arrasam a distinção entre objetividade fenomenal e ideal. Além disso, Betti refere que as esferas dos valores éticos e estéticos pertencem a uma segunda dimensão de objetividade que não

³⁸² BETTI, Emilio. op. cit., 1975, p. 30. [Trad.: Aqui, sem suma, o conhecer é um reconhecer ou reconstruir o espírito que, através da forma de sua objetivação, fala ao espírito pensante, ao qual se sente afim na comum humanidade: é um reconduzir e juntar de novo a forma com a interioridade que a gerou e da qual se separou, um interiorizar transpondo em todo caso o conteúdo em uma subjetividade diversa de sua originária. Desse modo, tem lugar uma inversão do processo criativo em processo interpretativo [...]]

³⁸³ GRONDIN, Jean. op. cit., 1999, p. 211.

³⁸⁴ BETTI, Emilio. op. cit., 1975, p. 73.

é, nem fenomenal, nem menos diferente da subjetividade da consciência do que as outras (i.e., as categorias lógicas...) Os valores espirituais representam uma objectividade ideal que segue invariavelmente a sua própria legalidade."³⁸⁵

Assim, segundo Bleicher³⁸⁶, Betti, como Kant, pressupõe que o conhecimento não são "espelhos da realidade", pois os objetos possuem um sentido segundo o que lhes é conferido pela compreensão. No âmbito dos valores estes possuem um caráter autônomo, pois é algo de absoluto em si mesmo, que possui como essência uma existência ideal com validade própria, independente de qualquer redução subjetiva arbitrária; subsistindo como "entidade alcançável" através do conhecimento mediante uma estrutura mental transcendente partilhada por aqueles que atingem uma maturidade espiritual. Nesta perspectiva idealista, para atingir esta "entidade" valorativa, o sujeito-cognoscente possui simultaneamente uma abertura e receptividade espiritual, que permite atingir tais elementos valorativos, e é um sujeito histórico envolvido num constante processo de aprendizagem e auto-reconhecimento, o que provoca constante mudança em seu juízo axiológico. Por esta razão, defende, assim como Dilthey a necessidade de categorias históricas que confirmam coerência e significação às várias idealizações, "[...]apesar de serem a priori, na medida em que existem, ao nível epistemológico, antes destas idealizações e conferem-lhes justificação transcendental."³⁸⁷

Com isto, Betti constrói sua proposta de epistemologia da compreensão, afirmando que o início de tal processo ocorre quando se apresenta uma forma perceptível (através de outra mente – outro espírito) que se tornou objetivada e dirigida ao sujeito. *"O objetivo da hermenêutica, neste particular, é compreender o significado dessas formas, revelando a mensagem que elas querem transmitir."*³⁸⁸ O processo compreensivo, entende Betti, é um processo onde em um extremo há o *espírito vivente e pensante* do intérprete e de outro uma espiritualidade objetivada. O contato entre ambos ocorre através da

³⁸⁵ BLEICHER, Josef. op. cit., 1992, p. 46-47.

³⁸⁶ BLEICHER, Josef. op. cit., 1992, p. 46.

³⁸⁷ BLEICHER, Josef. op. cit., 1992, p. 47.

³⁸⁸ GESTA LEAL, Rogério. **Hermenêutica e Direito** – Considerações sobre a Teoria do Direito e os Operadores Jurídicos. Santa Cruz do Sul: UDUNISC, 1999, p. 109.

mediação das formas significativas (igualdade dos termos no processo comunicativo) com as quais a espiritualidade se objetiva e se coloca frente ao intérprete como algo alheio e independente, mas já existente da qual o intérprete faz parte. Salienta Betti, este ato de conhecer possui um traço peculiar que o torna diferente do fenômeno natural; é um reconduzir, um voltar a colocar as formas interiores que se generalizaram e encontram-se separadas, sendo diferenciada da forma originária, já que, neste momento ocorre a inversão do ato criativo.

“Tal estrutura de pensamento – levando a crer que a existência de uma entidade supra-individual constitui a condição prátia da viabilização do processo de interpretação – leva Betti a crer na premissa fundamental de que o processo de interpretação efetivo tem que partir das intenções do(s) autor(res)-falante(s).

Metodologicamente, pois, ao rejeitar o subjetivismo e o relativismo introduzidos na hermenêutica pelos filósofos existencialistas, Betti insiste na possibilidade de uma relatividade objetiva nos resultados da interpretação, isto é, a objetividade é possível devido à autonomia, à existência em si mesma, de objetivações da mente. Todavia, sua objetividade jamais pode ser absoluta, em virtude da distância entre o discurso escrito e falado e o seu destinatário.”³⁸⁹

Como se impõe ao intérprete a exigência da objetividade - de uma subordinação de um lado e de uma reconstrução de outro – deve tomar tal ato como simultaneamente objetivo e alheio. Reconhece Betti que de tal processo dialético resta uma antinomia sobre a qual é possível construir-se uma teoria geral, que reflita criticamente e dê conta de seus fins e métodos. Para evitar uma reconstrução arbitrária, Betti fixa princípios, ou cânones hermenêuticos, que permitam a verificação da objetividade interpretativa. São propostos quatro cânones, dois que se inserem no objeto e dois no sujeito:

1. Cânone da autonomia hermenêutica do objeto ou imanência do parâmetro hermenêutico – segundo o qual o sentido a ser interpretado deve ser o sentido originário e imanente do texto e não aquele projetado pelo intérprete.

2. Cânone da totalidade e coerência da avaliação hermenêutica – segundo o qual o texto deve

³⁸⁹ GESTA LEAL, Rogério. op. cit., 1999, p. 110.

ser tomado como um todo coerente.

3. Cânone da compreensão efetiva – segundo o qual o intérprete é movido a perseguir retroativamente, em sua interioridade, o processo criador e reconstruí-lo a partir de dentro, trazendo para a atualidade um pensamento (estranho e parte do passado) lembrado.

4. Cânone da harmonização da compreensão ou correspondência de sentido – segundo o qual o intérprete deve estar disposto a conduzir para sua atualidade vivencial de maneira harmônica o estímulo que ele experimenta oriunda do objeto, de tal modo, que ambas vibrem de maneira uníssona.

Em tais cânones se encontra a mesma preocupação e dificuldade que levou à sua elaboração: a tentativa de reconciliação entre a inevitável subjetividade e a necessária objetividade. Aparentemente Betti dá conta metodologicamente desta tensão reconhecendo-a como condição prévia, sem que seja solucionado o problema da verdade, ou seja, a possibilidade de distinção das interpretações corretas das falsas, demonstrando porém, o que é inquestionável: que a interpretação deve ser adequada a seu objeto. Chama a atenção Grondin que Betti não pôde evitar com seus cânones um problema que é inerente à tarefa hermenêutica: a verificação da falsidade ou verdade de uma interpretação não pode ser verificada com cânones.

Em resposta a Gadamer, Betti reconhece que de suas regras origina-se uma função negativa, qual seja a de conduzir a uma conclusão falsa, pois tão somente os cânones possuem a função de prevenção diante dos preconceitos e parcialidades.³⁹⁰ Sintetizando a proposta hermenêutica de Betti, afirma Grondin: “[...] *A fim de navegar contra o perigo da relativização histórica, ela construiu o desideratum de uma metodologia das ciências do espírito, com fundamentação última, que obedeceu a rígidas regras e procedimentos. Por fim, ela não realiza, todavia, o que ela mesma prometera, a saber, uma hermenêutica positiva que garanta objetividade.*”³⁹¹ O que parece é que Betti não consegue dar conta dos elementos circunstanciais que conduzem o intérprete a conferir sentido às

³⁹⁰ GRONDIN, Jean. op. cit., 1999, p. 213.

³⁹¹ GRONDIN, Jean. op. cit., 1999, p. 214.

formas significativas, o que apenas com Gadamer é mais efetivamente considerado.

Betti, ao rejeitar metodologicamente o subjetivismo e o relativismo proposto pela hermenêutica filosófica, vislumbra a possibilidade de uma interpretação objetiva a partir da autonomia do objeto – existente em si mesma - e a objetivação valorativa do intérprete, considerando que tal objetividade não pode ser absoluta. Portanto, deve o sujeito estar atento para os valores que ele “descobre” no objeto e são apropriados e adaptados aos seus, já que o intérprete participa do processo, conferindo significação ao objeto a partir de suas experiências – pessoais e sociais, devendo porém estar atento para não violar a autonomia das formas significativas consideradas. Gesta Leal³⁹² afirma que os estudos da hermenêutica geral proposta por Betti conduzem ao estabelecimento de uma estrutura cognitiva que pode ser metodologicamente dividida em quatro momentos:

1. Momento Filológico: destinado a compreensão dos símbolos permanentemente fixos em qualquer linguagem com o objetivo de reconstruir a coerência lógica-gramatical do discurso.
2. Momento Crítico: utilizado nas circunstâncias interpretativas – afirmações ilógicas, estranhas ou em casos de lacunas - que exigem uma atitude questionadora por parte do intérprete para poder distinguir o sentido original e autêntico daquele criado posteriormente que já incorporou elementos novos.
3. Momento Psicológico: estabelecido momento em que o intérprete vai ao encontro do autor, reconstruindo seu pensamento original.
4. Momento Técnico-Morfológico: corresponde à fase interpretativa, em que o sujeito compreende o conteúdo significativo de algo relacionado à sua própria lógica e princípios norteadores.

Com tais orientações, Betti se lança a estabelecer as diferentes formas de interpretações possíveis (filológica, histórica, reprodutiva, normativa e técnico-morfológica) como categorias de pensamento que possibilitam a reconstrução de um sentido

³⁹² GESTA LEAL, Rogério. op. cit., 1999, p. 111.

originário, formulando um conjunto de princípios interpretativos aplicados aos diferentes campos do conhecimento, tendo em conta a perspectiva da objetividade dos significados – que pode ser verificada – sem negar o necessário momento subjetivo. Por considerar o processo interpretativo como a reconstrução do sentido originário, não há como Betti negar a existência da subjetividade.

Resgatando a idéia de círculo hermenêutico proposta pelo pensamento romântico-idealista, outro elemento considerado por Betti é a existência do contexto do sentido, definido como a relação existente entre as partes e a totalidade de qualquer manifestação discursiva, o que confere a coerência as partes individuais em relação a uma totalidade que lhe é subjacente, “[...]o que significa reconhecer o caráter tópico do significado, ou seja, a relação com a própria posição e com os atuais interesses do intérprete que toda a compreensão envolve”.³⁹³

A tentativa de Betti de enfrentar as concepções hermenêuticas emergentes surgidas com Heidegger através de um resgate da hermenêutica diltheyana em sua vertente idealista, o conduziu a negar qualquer aspecto fenomenológico do processo compreensivo, e com isto, tornar-se uma filha temporã do historicismo³⁹⁴ que para evitar o risco da relativização histórica caiu em sua própria armadilha: não realizou a promessa de oferecer uma hermenêutica positiva capaz de garantir objetividade.

*“O direito limitado dos esforços hermenêuticos de Betti encontra-se, entretanto, na circunstância de que existem, de fato, interpretações, que, por corresponderem a padrões universais, embora negativos, são mais vinculantes e menos frívolas do que outras. O significado não se dissolve em significação modernizante. Contudo, que só se pode ter acesso a este significado e ao espírito interior, situado por detrás das formas significativas, a partir do solo fecundo de nossos sinceros questionamentos e expectativas, isso foi mais corretamente manifestado na hermenêutica da aplicação de Gadamer.”*³⁹⁵

³⁹³ GESTA LEAL, Rogério. op. cit., 1999, p. 112.

³⁹⁴ Tal expressão para designar a proposta hermenêutica de Betti é de Grondin, na obra já citada, p. 214.

³⁹⁵ GRONDIN, Jean. op. cit., 1999, p. 214.

O esforço de Betti em alcançar uma interpretação objetiva centralizou-se em descrever a relação sujeito-objeto de maneira muito próxima, segundo Bleicher³⁹⁶, da tradição neo-kantiana, sem permitir uma discussão hermenêutica que pudesse esclarecer o fenômeno da compreensão, o que sem dúvida com mais eficiência é feito por Gadamer.

A partir de uma teoria geral de hermenêutica, Betti, na obra *La Interpretacion de las Leyes y Actos Jurídicos*, propõe como jurista vinculado às tradicionais concepções da hermenêuticas, através de uma discussão metodológica, estabelecer princípios interpretativos aplicados exclusivamente ao campo jurídico. Dentre outras contribuições, a hermenêutica jurídica de Betti apresenta uma forte crítica ao clássico positivismo (em sua vertente legalista e normativista) que dominou o campo interpretativo do Direito até fins do século XIX, na tentativa de recuperar a interpretação e aplicação do Direito como ato de prudência ao qual devem ser incorporados os princípios jurídicos valorativos.

Para Betti, a interpretação que importa ao Direito é aquela destinada a reconhecer e reconstruir o significado que se deve atribuir às formas jurídicas que são fontes de valoração: as normas jurídicas ou os preceitos a elas subordinados colocados em vigor em virtude de uma competência normativa.³⁹⁷ O problema que envolve este tipo de interpretação é a especificidade de se constituir em um ato que tem por finalidade a decisão. Neste sentido, não se trata de uma experiência contemplativa, mas uma atividade prática dirigida a um determinado fim, “[...]a tomar posición en una situación dada, lo que puede estar vinculado y ordenado por una dirección preestablecida.”³⁹⁸ Esta direção pré-estabelecida é o paradigma ao qual o intérprete está vinculado para orientar uma decisão: uma ordem moral, jurídica ou social. Interpretação, sob o ponto de vista jurídico, não tem por função tão somente o “reconhecimento” de um pensamento, mas de estabelecer normas diretivas para a ação prática, assumindo a tarefa de conservar perenemente a eficiência das normas e valorações destinadas a regular a vida social.

³⁹⁶ BLEICHER, Josef. op. cit., 1992, p. 72.

³⁹⁷ BETTI, Emilio. op. cit., 1975, p. 95.

³⁹⁸ BETTI, Emilio. op. cit., 1975, p. 96. [Trad.: [...] a tomar posição em uma situação dada, o que pode estar vinculado e ordenado por uma direção pré-estabelecida.]

A função interpretativa do Direito, que é genericamente normativa, para Betti, é caracterizada por dois momentos distintos: um reconhecitivo e outro reprodutivo. O momento reconhecitivo é o da reconstrução da idéia originária da fórmula legislativa – seu sentido original – que não se esgota em si mesmo. *“Hasta en la interpretación auténtica, donde el intérprete se identifica con el autor jurídico de la enunciación a interpretar, debe reconsiderar lo que haya dicho, o que vale como si lo hubiera dicho, aunque en la apreciación interpretativa tenga una libertad de la que carece el intérprete normal.”*³⁹⁹ Betti admite, assim, a possibilidade de reconhecer o sentido originário pretendido pela norma – tal qual um sentido imanente ao preceito normativo – como um primeiro momento do processo interpretativo. Como a função da interpretação do Direito é a aplicação não basta desentranhar o sentido originário da norma, é necessário, como diz Betti, um êxito prático, que possibilite uma tomada de posição ante uma situação determinada. Neste ponto, Betti diferencia a interpretação jurídica das demais interpretações (do da artística, por exemplo): *“[...]la interpretación que interesa al Derecho no puede quedarse en un reconocimiento teórico, sino que debe ir más allá, bien para rendir el precepto asimilable para la vida, bien para someter el hecho a una diagnosis jurídica”*⁴⁰⁰

O momento reprodutivo é a adequação (colocar em harmonia) da norma jurídica as exigências da vida social, o que justifica a destinação do Direito. Este é o passo adiante dado pela interpretação jurídica, pois não pode permanecer o sentido da norma como uma entidade histórica, sem vigor e integração na atualidade.

“Aquí, por tanto, el intérprete no há acabado de cumplir su tarea, cuando há reconstruido la idea originaria de la fórmula legislativa (lo que de todos modos debe hacer), sino que debe, después de esto, poner de acuerdo aquella idea com la presente actualidad, infundiéndole la vida de ésta, porque es precisamente a ésta a la que

³⁹⁹ BETTI, Emilio. op. cit., 1975, p. 97. [Trad.: Até na interpretação autêntica, onde o intérprete se identifica com o autor jurídico do enunciado a interpretar, deve reconsiderar o que tenha dito, o que vale como houvera dito, ainda que na apreciação interpretativa tenha uma liberdade da que carece de interpretação normal.]

⁴⁰⁰ BETTI, Emilio. op. cit., 1975, p. 98. [Trad.: [...] a interpretação que interessa ao Direito não pode ficar num reconhecimento teórico, senão deve ir mais além, para produzir o preceito assimilável para a vida, para submeter o fato a uma diagnose jurídica.]

*debe ser referida la valoración normativa”.*⁴⁰¹

As categorias de interesses e valorações operados neste momento são determinados historicamente, que são diferenciadas das utilizadas pelo historiador e filólogo que são meramente teóricas, e vinculam-se ao sentido normativo graças ao nexó entre meios e fins que confere um carácter explicativo e complementar ao sentido normativo prévio.

O sentido originário - chama a atenção Betti - não deve ser confundido com o aspecto psicológico da norma. A “intenção” ou “vontade” do legislador não deve ser compreendida como evocação de um fantasma ou um mito, mas dos interesses coletivos protegidos pela lei. Para adaptar o sentido originário da norma à situação submetida ao juízo, Betti diferencia distintas, sucessivas e conexas operações:

*“a) la verificación de la norma legislativa o costumbre existente y de la categoría de intereses por ellas protegidas, y con lo que no resulta determinado de modo suficiente y unívoco el precepto a aplicar; b) la ulterior elaboración de la máxima requerida para la decisión del caso concreto: elaboración ésta que opera sobre la base de aquella preliminar verificación merced a los juicios de valor que de ella se deducen y que tiene el carácter de una operación complementaria (prosecutoria) de la nomogénesis, subordinada a las valoraciones legislativas previamente determinadas.”*⁴⁰²

A interpretação da lei, para Betti, tem uma dupla tarefa: a) buscar a valoração originária imanente da norma segundo sua relação com o “ambiente” social em que foi elaborada, mediante uma interpretação teleológica; b) buscar solucionar um conflito segundo interesses distintos daqueles que originaram a norma, conferindo uma nova significação que incide sobre todo sistema normativo – um espírito diverso daquele que a

⁴⁰¹ BETTI, Emilio. op. cit., 1975, p. 109-110. [Trad.: Aqui, portanto, o intérprete não acabou de cumprir sua tarefa, quando tenha reconstruído a idéia originária da fórmula legislativa (o que de todas maneiras deve fazer), senão deve, depois disto, colocar aquela idéia de acordo com a presente atualidade, infundindo-lhe a vida desta, porque é precisamente a esta que deve ser referida a valoração normativa.]

⁴⁰² BETTI, Emilio. op. cit., 1975, p. 111. [Trad.: a) a verificação da norma legislativa ou costume existente e da categoria de interesses por elas protegidas, e com o que não resulta determinado modo suficiente e unívoco do preceito a aplicar; b) a anterior elaboração da máxima requerida para a decisão do caso concreto: elaboração esta que opera a base daquela preliminar verificação à mercê dos juízos de valor que dela se deduz e que tem o carácter de uma operação complementar (persecutória) da nomogênese, subordinada às valorações legislativas previamente determinadas.]

originou. Em vista disto, é possível explicar a possibilidade de multiplicidade interpretativa e a progressiva reorientação da função normativa segundo uma revalorização da suposição legal hipotética. Aplicando o cânone da totalidade hermenêutica a ordem jurídica, Betti entende que a permanente referência das normas particulares a seu complexo orgânico, impõe uma atualização unitária às valorações legislativas que orienta de maneira uniforme os conflitos de interesses mediados por estas valorações, o que confere eficiência ao Direito.

A hermenêutica jurídica para Betti é o que permite a delimitação de um marco orientador dentro do qual são possíveis as decisões jurídicas, e que para tanto não deve negar o nexó valorativo do plano teórico e o prático de aplicação e decisão. Negar o vínculo existente entre o sentido de uma norma abstrata e sua individualização, explica Betti: “[...]tiene su génesis en una orientación intelectualista que deriva de negar la tripartición de las facultades psíquicas en intelecto, voluntad y sentimientos, tripartición simplificada en la bipartición entre actividad teórica del conocimiento y actividad práctica de la voluntad, com implícita negación del sentimiento como categoría espiritual.”⁴⁰³ Assim, a atividade interpretativa – que pode ser classificada como meramente contemplativa – é uma atividade intelectual, no caso do Direito possui uma função integrativa, ou seja, se constitui num ato de vontade operado mediante a apreciação de juízo de valor, que é o reconhecimento de um valor que se ilumina ou é persuasivo diante de um dado concreto.

Uma vez negada a concepção subjetivista e afirmada a interpretação como a busca do sentido objetivista da lei (*ratio iuris*), Betti entende que para compreender o sentido da lei é indispensável a superação de uma concepção metodológica “atomista” dominante – diferentes meios para diferentes fins – devendo se desprender de uma concepção reducionista de interpretação – a letra da lei – que concebe sua tarefa como operação lógica formal, adversa a dinâmica do Direito. Para tanto, propõe Betti que o jurista deve observar os seguintes momentos: 1. A lógica da língua – momento filológico – sempre que se trata de norma estabelecida mediante enunciados; ou lógica do comportamento – quando se trata de norma posta em prática pelo costume; 2. A lógica da matéria disciplinada juridicamente – que

⁴⁰³ BETTI, Emilio. op. cit., 1975, p. 128. [Trad.: [...] tem sua gênese numa orientação intelectualista que se origina da negação da tripartição das faculdades psíquicas em intelecto, vontade e sentimentos, tripartição simplificada da bipartição entre atividade teórica do conhecimento e atividade prática da vontade, com implícita negação do sentimento como categoria espiritual.]

permite a dedução da natureza sócio-econômica da relação regulada; 3. A lógica do Direito, o tratamento jurídico como tal em um duplo momento: um momento sistemático e teleológico.

A cada um destes momentos corresponde, para Betti, uma fase reconhecitiva, onde os momentos interpretativos são sucessivos e interdependentes: 1. A lógica da língua é objeto da interpretação filológica e a lógica do comportamento consuetudinário é objeto da interpretação psicológica ou histórica; 2. A lógica da matéria é objeto de interpretação histórica e técnica que aspira um resultado prático, orientada segundo o sentido da lei voltado para as situações sociais; 3. A lógica do Direito segundo a relação de totalidade da ordem jurídica, considerando, de um lado, a coerência da norma com as demais normas e com os princípios gerais, e de outro, as conseqüências sociais de um determinado modo de compreender o Direito.

A hermenêutica jurídica proposta por Betti, pretendendo objetividade e controle do processo interpretativo, entende a compreensão como algo completamente divorciado da aplicação, já que esta última é restrita a cada campo específico da interpretação. Para tanto, Betti fundamenta como conceitos hermenêuticos distintos o significado e a significância que um mesmo sentido adquire ao longo das diversas interpretações, partindo da consideração que um sentido é constantemente atualizado e adaptado segundo as valorações, devendo ser reconstituído e revalorizado. Não se pode deixar de reconhecer que esta tentativa de evitar arbitrariedade interpretativa, admite a possibilidade de que a significação pode ser conhecida como tal – o verdadeiro sentido original da norma – ou seja, a crença no sentido imanente que existe por trás dos preceitos normativos, que pode ser determinado por um processo racional. Sob tal ótica, a significação é distinta do significado desconsiderando a própria finitude que ela encerra, admitindo a possibilidade de uma reconstrução independente das circunstancialidades do sujeito, já que admite a separação sujeito-objeto no processo compreensivo.

O pensamento de Betti, apesar de contribuir para a superação da hermenêutica jurídica legalista, crê na possibilidade de reconstrução do sentido originário da norma e no paradigma epistemológico sujeito cognoscente-objeto cognoscível como entes distintos e objetivos. A interpretação seria o vínculo entre um sentido imanente da norma e

aquele conferido pelo intérprete a partir de elementos valorativos segundo necessidades e interesses sociais. Esta concepção hermenêutica, que despreza as concepções antimetafísicas introduzidas no campo do conhecimento por Heidegger e Gadamer, é ainda predominante no pensamento jurídico. Como afirma Streck:

*“Predominantemente, ainda vigora na dogmática jurídica o paradigma epistemológico que tem como escopo o esquema sujeito-objeto, onde o sujeito observador está situado em frente a um mundo, mundo este por ele “objetivável e descritível”, a partir de seu cogito. Acredita-se pois, na possibilidade da existência de um sujeito cognoscente, que estabelece, de forma objetificante, condições de interpretação e aplicação. O jurista, de certo modo, percorre a antiga estrada do historicismo. Não se considera já e sempre no mundo, mas sim, considera-se como estando-em-frente-a-esse-mundo, o qual ele pode conhecer, utilizando-se do “instrumento” (terceira coisa) que é a linguagem jurídica[...]”.*⁴⁰⁴

A proposta hermenêutica de Betti foi recepcionada pelos juristas brasileiros, sobretudo por Carlos Maximiliano, autor da clássica obra *Hermenêutica e Interpretação do Direito*, publicada em 1924, que, seguindo o paradigma objetivista-idealista, defendeu uma hermenêutica aplicada ao Direito crendo na possibilidade de reconstrução do sentido originário da norma. Para Maximiliano interpretar é “[...]explicar, esclarecer, dar o significado de vocabulário, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma contém.”⁴⁰⁵

Distinguindo interpretação de aplicação do Direito, Maximiliano estabelece, como ponto inicial, cânones interpretativos para examinar o sentido objetivo da norma: 1. A norma em sua essência, conteúdo e alcance (*quoestio juris*); 2. O caso concreto e suas circunstancialidades (*quoestio facti*); 3. Adaptação do preceito à hipótese em apreço. A adaptação do preceito normativo ao caso concreto, como segundo momento do processo interpretativo, pressupõe: 1. Crítica: apuração da validade da norma (autenticidade e constitucionalidade); 2. Interpretação: o descobrimento do sentido e alcance do texto; 3.

⁴⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. op. cit., 1999. p. 74-75.

⁴⁰⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 13ª ed., Rio de Janeiro, 1993, p. 9.

Suprimento de lacunas: com o uso de analogia e princípios gerais do Direito; 4. Exame das possíveis ab-rogações ou derrogações. Estes são os momentos que precedem a aplicação normativa, uma decisão apropriada segundo a vida real.⁴⁰⁶

Carlos Maximiliano, na esteira do pensamento bettiano, é o representante da tradicional hermenêutica jurídica no Brasil. Tal proposta é no sentido de estabelecer regras (a partir de cânones interpretativos) aplicáveis tanto ao sujeito quanto ao objeto considerados dicotomicamente, característica da filosofia da consciência.

Com a forte determinação de garantir um resultado seguro e objetivo para a interpretação e aplicação do Direito, a tradicional hermenêutica jurídica brasileira⁴⁰⁷ parte da idéia de que é possível o estabelecimento de um sentido prévio – contexto de sentido valorativo – como algo absoluto que possui uma essência ideal que lhe confere validade. No âmbito da dogmática jurídica, tomam-se os métodos (regras) interpretativos como pressupostos necessários para uma segura interpretação e aplicação do Direito, o que oculta o sentido ideológico da prática jurídica, já que, sob o manto da objetividade científica estes métodos funcionam como álibis teóricos, no dizer de Warat⁴⁰⁸, que justificam a reprodução da ordem jurídica vigente e legitimam a decisão jurídica de maneira neutra e científica.

Se a hermenêutica jurídica tradicional dominante busca através de um aparato técnico-racional o estabelecimento de uma interpretação e aplicação possível do Direito dentro de rigoroso padrão de objetividade e cientificidade, resta em aberto um questionamento que a antecede: em quê consiste a compreensão do Direito e o que está subjacente a toda interpretação jurídica. Tais respostas não são obtidas por uma concepção hermenêutica que investiga “o secreto a ser revelado” na norma para ser reproduzido, mas sobretudo se trata compreendê-la como experiência humana vivenciada.

⁴⁰⁶ MAXIMILIANO, Carlos. op. cit., 1993, p. 10.

⁴⁰⁷ A respeito da predominância do pensamento hermenêutico jurídico no Brasil, que encontra-se vinculado a idéia de reprodução de um sentido originário da norma, STRECK no capítulo 5 da obra **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**, já citada, faz interessante consideração a respeito de diferentes autores que trabalham a hermenêutica no paradigma da filosofia da consciência.

⁴⁰⁸ WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral do Direito** – Interpretação da lei: temas para uma reformulação. vol. I, Porto Alegre: Antônio Fabris Editor, 1994, p. 88

Nas palavras de A. Ortiz-Osés: *“Una tal hermenéutica trata de comunicarnos no lo que dice un texto, contexto o lenguaje en cuestión, sino lo que quiere decir. Interpretar es entonces aprender a vivir”*.⁴⁰⁹ Por esta razão, a hermenêutica reivindicada é aquela capaz de evidenciar a prática jurídica como parte integrante-integrada do mundo circundante, que revele não um sentido ideal, absoluto imanente na norma, mas as implicações ontológicas do modelo de ciência que pretende definir o Direito.

Com a relação dialógica entre o intérprete e o texto jurídico, a aplicação deixa de ser um efeito meramente objetivo-objetivado da lei para mostrar-se como a compreensão do próprio Direito e do jurista. Uma resposta apenas obtida pela mediação filosófica que permite compreender a finitude e os condicionamentos do pensamento jurídico, sem que seja excluído o método, mas que situe a compreensão do Direito numa dimensão comum de todo processo compreensivo: o ser que se compreende compreendendo a lei.

A hermenêutica jurídica encontrou na concepção idealista um seguro caminho metodológico alheio a discussão acerca das condições da compreensão. Com a hermenêutica filosófica gadameriana há o reconhecimento de que o sujeito compreende a partir de certas circunstancialidades – a pertinência à história efetual – que são intrínsecas e integrantes da interpretação, condicionando o resultado. Se a hermenêutica jurídica, movida pela crença cienticista moderna, colocou como inquestionável o estabelecimento da verdade a partir do método, ou seja, acreditou ser possível compreender o Direito a partir dos textos jurídicos apenas estabelecendo critérios metodológicos, Gadamer demonstra que não há garantia de compreensão num texto em si mesmo, e que há algo prévio a ser considerado: o ser e sua circunstanciabilidade. Considerar a interpretação jurídica como lúdica experiência compreensiva, é admitir o permanente confronto com a tradição, e o reconhecimento de que nenhum resultado é definitivamente verdadeiro, mas tão somente, representa uma dentre inúmeras possibilidades.

⁴⁰⁹ *Apud*: FERNÁNDEZ-LARGO, Antônio Osuna. op. cit., 1993, p. 115. [Trad.: Uma tal hermenêutica trata de nos comunicar o que diz um texto, contexto e linguagem em questão, senão o que quer dizer. Interpretar é então, aprender a viver.]

CAPÍTULO III:

A HERMENÊUTICA JURÍDICA A PARTIR DAS BASES FILOSÓFICAS DE GADAMER

3.1. A Hermenêutica Jurídica como Compreensão Histórica do Direito

A hermenêutica jurídica em relação a outros campos do conhecimento preocupados com a questão interpretativa (sobretudo o teológico e o filológico) foi um processo tardio. Sob o rótulo de hermenêutica jurídica foram feitas tentativas de responder a questões metodológicas do pensamento jurídico moderno, tomando a questão da interpretação e aplicação enquanto tarefa subsidiária e restrita ao aspecto técnico-instrumental da compreensão normativa, incapaz de refletir acerca do Direito enquanto fenômeno hermenêutico.

Com Gadamer, de maneira muito próxima a Betti, porém, partindo de pressupostos teóricos substancialmente diferenciados, são definidas orientações básicas para uma teoria hermenêutica do Direito, sem contudo ter como preocupação essencial discutir uma proposta para um campo hermenêutico específico, buscando discutir as condições gerais de compreensão. Ao longo de *Verdade e Método*, Gadamer faz várias referências explícitas à hermenêutica jurídica, ao tentar oferecer respostas para problemas teóricos gerais da hermenêutica.

A reflexão conduzida por Gadamer permite delinear um conhecimento hermenêutico jurídico específico, que possibilita estabelecer o sentido e objetivo da interpretação e aplicação do Direito numa dimensão histórico-social. Segundo Fernández-Largo, a hermenêutica jurídica tomada no sentido gadameriano é produto: “[...] *de la interpretación como categoría cognitiva del derecho; la índole práctica de la actividad interpretativa; su eneludible pertenencia a la tradición hermenéutica y, finalmente, su*

*natureza transmetodológica”.*⁴¹⁰

A empreitada filosófica de Gadamer conduz à reflexão acerca da experiência da compreensão enquanto atividade condicionada às possibilidades finitas e limitadas da existencialidade humana que revela o que é o próprio ser que compreende. O caráter dialógico e lúdico da interpretação assumida pela atividade interpretativa é tomada como a abertura para o significado do texto, ao contrário do tradicional pensamento hermenêutico absorvido pelo Direito, que transforma o texto jurídico num ente com sentido próprio e imanente, e a interpretação um ato de submissão.

As propostas contemporâneas de matriz idealista, como a de Betti, substituem a palavra “revelação” pela expressão “re-construção do sentido normativo”, admitindo como pressuposto que a norma possui um sentido próprio a ser determinado pelo intérprete (interpretação) e posterior adequação às contingências sociais (aplicação).

Tradicionalmente, o pensamento jurídico concebe a hermenêutica como uma das atividades dogmáticas, dentre as inúmeras que compõem a ciência do Direito, caracterizada como teoria geral da interpretação e aplicação do Direito positivo. Sob tal ótica, qualquer reflexão filosófica é tomada como atividade teórica marginal, preenchendo lacunas quando as técnicas interpretativas, por si só, são insuficientes para fornecer respostas aos problemas da interpretação e aplicação do Direito positivo. *“La filosofía, como última instancia, vendría a colmar las lagunas de la dogmática, actuando en una fase ulterior, al apercebirse de que el sistema ya no responde a las necesidades sociales o a las concepciones ético-jurídicas actuales.”*⁴¹¹

Em tal pensamento, o trabalho do jurista paulatinamente tenderia a afastar-se da filosofia, pois a solução seria observar uma correta opção metodológica,

⁴¹⁰ FERNÁNDEZ-LARGO, Antônio Osuna. op. cit., 1993, p. 86. [Trad.: [...] de interpretação como categoria cognitiva do direito, de índole prática da atividade interpretativa; seu ineludível pertencimento à tradição hermenêutica e, finalmente, sua natureza transmetodológica.]

⁴¹¹ SAAVEDRA. Modesto. op. cit., 1978, p. 98. [Trad.: A filosofia, como última instância, viria a preencher as lacunas da dogmática, atuando numa fase anterior, ao perceber-se que o sistema já não responde às necessidades sociais e às concepções ético-jurídicas da atualidade.]

notadamente a sistemática, para atingir um resultado imparcial e científico, desprezando as condições prévias e condicionantes que atuam no sujeito que compreende, portanto, mantendo uma perspectiva idealista.

Esta é a tônica dos postulados hermenêuticos dominantes no pensamento jurídico, que transformam o jurista num exegeta do Direito positivo, incapaz de evidenciar a insuficiência e limites do cientificismo metodológico acerca da essência, sentido e finalidade da compreensão do Direito e de si mesmo, enquanto sujeito imbuído de pré-condicionantes relevantes e decisivos.

Na tradicional hermenêutica jurídica de cunho idealista, o papel da filosofia jurídica restringiu-se a servir de fundamentação à dogmática como efeito do resultado da “natural” positivação dos valores e princípios jurídicos – um saber asséptico e acessível metodologicamente. Entretanto, se no plano teórico pode-se delimitar o campo da filosofia e da hermenêutica jurídica, na tarefa prática imposta ao jurista – de dizer o Direito no caso concreto – desaparece tal delimitação, pois é constantemente chamado a ser um filósofo ao ter que fundamentar e apontar os elementos que orientam sua atividade.

Por outras palavras, se o positivismo e o neo-positivismo mantiveram a clássica separação entre ciência e filosofia com a finalidade de manter a primeira afastada de qualquer implicação metafísica, a hermenêutica crítica gadameriana é capaz de revelar que a reflexão filosófica é o pressuposto da atividade jurídica, mesmo que o jurista não esteja consciente disto. Tornar a atividade hermenêutica uma reflexão consciente e crítica, é a possibilidade de se atingir a essência do fenômeno jurídico como fenômeno social, evidenciando em quê consiste tal prática, conferindo-lhe dignidade.

“Así, se llega incluso a concebir la filosofía como instancia que puede “enoblecer” la práctica jurídica frente a la “politización” en sentido peyorativo del Derecho, es decir frente al peligro de instrumentalización de la dogmática jurídica al servicio del intereses minoritarios o de ideologías no suficientes compartidas. La asepsia valorativa ni siquiera es ya un “ideal imposible”. Al mismo tiempo sin embargo se sigue afirmando que la necesidad de la valoración no exime de la necesidad de excluir la subjetividad. Pero el único expediente para alcanzar control o lo menos comunicación de las

*valoraciones sigue siendo la discutibilidad -tópica- y una honradez personal que contrarreste los efectos nocivos de la autoridad.”*⁴¹²

Os esforços da ciência do Direito, e da hermenêutica jurídica em particular, ao longo de sua formação moderna, têm sido dominadas pela idéia do caráter exclusivo da norma positiva como elemento norteador da prática jurídica. Num primeiro momento, com a consolidação do pensamento positivista, desconhecendo e ignorando qualquer Direito que não fosse o reconhecido e legalizado pelo Estado, e num segundo momento, com as correntes neo-positivistas contemporâneas, adotando um critério de validade para determinados princípios ético-jurídicos. É de se notar que, em ambos momentos, a norma positivada – criação estatal do Direito – é o elo entre o Direito e ação social, enquanto possibilidade de concretização do Direito, permanecendo desconhecidos e ignorados fatores extra-legais que conferem legitimidade ao sistema normativo.

Entretanto, a hermenêutica defendida por Gadamer é capaz de demonstrar o caráter falacioso da pretensão idealista de interpretação e aplicação do Direito, pois a compreensão normativa estende-se além daquilo que encerra em si mesmo. Constitui-se num processo de conhecimento – uma apropriação cognoscitiva – com vistas à realização de uma ação, necessitando refletir acerca dos condicionantes prévios de todo processo compreensivo.

Afirma Saavedra⁴¹³ que a comprovação prática de tal hipótese é a insuficiência, do ponto de vista teórico, de todo esforço até então realizado de definir aprioristicamente “o que é o justo jurídico”, pois a ação jurídica tem demonstrado que as decisões – o justo do caso concreto – não é de todo lógico, mas sim o resultado das concepções éticas e sociais dominantes no grupo social acerca de uma certa matéria jurídica.

⁴¹² SAAVEDRA. Modesto. op. cit., 1978, p. 101. [Trad.: Assim, se leva incluso a conceber a filosofia como instância que pode enobrecer a prática jurídica frente à politização em sentido pejorativo do Direito, é dizer frente ao perigo de instrumentalização da dogmática jurídica a serviço dos interesses minoritários ou de ideologias insuficientes partilhadas. A acepsia valorativa nem sequer segue afirmando que a necessidade de valoração não exige da necessidade de excluir a subjetividade. Mas o único expediente para alcançar controle ou ao menos comunicação das valorações segue sendo a indiscutibilidade – tópica – e uma honradez pessoal contraste os efeitos nocivos da autoridade.]

⁴¹³ SAAVEDRA. Modesto. op. cit., 1978, p. 103.

Inicialmente, portanto, se trata de considerar as limitações positivistas do Direito, bem como as implicações sociais, ideológicas e políticas decorrentes, não como instrumento de “atualização do sentido da norma”, mas do próprio Direito. Neste sentido, a hermenêutica torna-se algo mais radical do que o reconhecimento das implicações extra-jurídicas da aplicação normativa, mas trata-se “[...] *de la construcción de una ontología de nuevo cuño, con arreglo a la cual se concibe el Derecho como ley comprendida, y ésta como una mera posibilidad, que no deviene existente sino en el momento de su captación por el destinatário.*”⁴¹⁴ Tal construção cognoscitiva não é acessível metodologicamente de maneira “neutra” e “cientificista”, mas, emprestando do conceito heideggeriano de pré-sença, um projeto do próprio Direito, instrumento de ação que se projeta numa existencialidade temporal, compreendendo-se.

Com uma proposta de hermenêutica filosófica, aplicada ao âmbito jurídico, é superada a tradicional pretensão idealista-objetivista, por considerar o elemento subjetivo um dos fatores construtivos essenciais da compreensão, na medida em que a compreensão é tomada como a projeção do próprio sujeito, não se tratando, assim, de atividade meramente contemplativa mas de auto-compreensão – o sentido do Direito na realidade circundante – que se realiza compreendendo o outro – a previsão normativa. O sujeito é considerado um ser cuja identidade é conferida a partir do horizonte compreensivo prévio que lhe confere a capacidade de compreensão atual e passada.

A hermenêutica gadameriana, ao contrário do postulado pela hermenêutica tradicional idealista, demonstra que interpretação não é dissociada de aplicação, mas co-substanciadas. No processo compreensivo é estabelecido um círculo intelectual entre o conteúdo a ser compreendido e o sistema referencial apropriado pelo sujeito que condiciona a interpretação, processo este onde se fundem os horizontes. “*La mezcla de horizontes, la comprensión y el círculo hermenéutico aluden a un mismo fenómeno: en la comprensión de tradición se decide, en el fondo, sobre esquemas de concepción del mundo, solo a partir de*

⁴¹⁴ SAAVEDRA. Modesto. op. cit., 1978, p. 103. [Trad.: [...] da construção de uma ontologia de novo cunho, de acordo com o qual se concebe o Direito como lei compreendida, e esta como mera possibilidade, que não existe senão no momento de sua captação por um destinatário.]

los cuales es posible la decisión en la acción humana."⁴¹⁵

No campo jurídico, a ação é movida pela convicção adquirida pelo jurista segundo os pré-condicionantes individuais e sociais, que lhe permite estabelecer a "verdade" possível para um caso concreto. A decisão (ação social do jurista) é produto de uma ação partilhada orientada segundo instrumental técnico-científico parcial e limitado, portanto, resultado do processo de conhecimento que gravita em torno dos condicionantes ideológicos, neutramente ocultado pelas técnicas interpretativas.

Com estas considerações, a hermenêutica jurídica ganha novos contornos de uma teoria de compreensão do Direito, abandonando o velho rótulo de teoria da interpretação e aplicação do Direito positivo. Necessariamente as representações jurídicas passam a ter seu contorno delineados pelos demais fatores de atuação social (ideológico, político e cultural) cujas forças, movidas pelas lutas de suas contradições, convergem no sentido de impulsionar a prática jurídica e de compreensão do Direito.

Evidencia-se, assim, o equívoco contido na afirmação que a interpretação e aplicação do Direito (ação jurídica) é desvinculada da estrutura social, já que esta é a pré-orientadora da compreensão. A aplicação da lei somente se concebe, a partir de então, se acompanhada da consciência crítica do jurista, pois sua ação é sempre um novo construído, permitindo a recuperação de um sentido inovador e comprometido socialmente, referencial perdido na crença da generalização.

A forte oposição que se propõe à dogmática formalista e ao racionalismo a-histórico próprios da hermenêutica tradicional, conduz a uma hermenêutica jurídica crítica que desmistifica o tecnicismo e a prática jurídica – enquanto retórica normativa –, tomando-a como processo de conhecimento crítico do Direito orientador da ação jurídica. O caminho crítico hermenêutico conduz à dupla possibilidade: a revisão dos métodos interpretativos e a reflexão acerca das condições de compreensão do Direito, ressaltando-se

⁴¹⁵ SAAVEDRA. Modesto. op. cit., 1978, p. 117. [Trad.: A fusão de horizontes, a compreensão e o círculo hermenêutico aludem a um mesmo fenômeno: a compreensão da tradição de decide, no fundo, sobre esquemas de compreensão do mundo, só a partir dos quais é possível a decisão numa ação humana.]

que ambas resultam da ação intelectual acerca do Direito, ou seja, prescinde da filosofia da compreensão, para ser possível responder ao questionamento central proposto pela hermenêutica filosófica: o que ocorre quando se interpreta o Direito?; substituindo-se assim a pergunta da vertente tradicional: como interpretar o Direito positivo?

A tentativa de Gadamer em descobrir e tornar consciente o que precede e torna possível a compreensão, preocupação encoberta e desconhecida pela antiga disputa travada no campo metodológico entre as ciências do espírito e as ciências da natureza, conduz a uma via possível de análise crítica hermenêutica. Gadamer, buscando uma resposta para o que é o conhecimento, pergunta prévia para refletir acerca do comportamento compreensivo, constrói sua tese central tomando a compreensão como modo de ser da própria pré-sença (*Dasein*).

Assim como Heidegger, para Gadamer a historicidade e temporalidade são os referenciais para a compreensão da natureza do ser, que se revela na experiência existencial. A maneira de acesso do ser com suas estruturas nos fenômenos – processo hermenêutico – é a investigação hermenêutica da pré-sença, que para Gadamer é possível através da consciência histórica, processo substancialmente e necessariamente crítico.

A compreensão é, no sentido gadameriano, a consciência da condição existencial projetada nos limites da temporalidade e finitude histórica. Esta nova concepção de compreensão incide prioritariamente na constituição do sujeito, de sua existência histórica, onde desaparece o antagonismo sujeito-objeto. Gadamer demonstra a impossibilidade do sujeito “colocar-se no lugar do outro” já que o ser existe mediado temporal e historicamente. Este novo conceito hermenêutico no âmbito jurídico implica em repensar o problema da interpretação de maneira substancialmente diferenciada do conceito tradicional. Não há mais como sustentar a crença de neutralidade e objetividade na compreensão normativa, tal como foi defendido pela hermenêutica jurídica legada do século XIX.

Assim, compreender o Direito é posicionar-se em relação à realidade circundante, por outras palavras, é estabelecer um horizonte ético-político reconhecendo os

pré-condicionantes legados pela tradição. A historicidade do Direito constitui a matéria bruta da experiência jurídica com a qual o presente dialoga. O presente questiona “a verdade” de maneira aberta, deixando valer a pretensão mais válida para o horizonte interrogativo. Em hermenêutica jurídica significa estabelecer uma perspectiva ética-social para a compreensão normativa, perspectiva esta que pode oferecer inúmeras possibilidades.

Diante disto, parece soar com^o simplista a idéia de que através da técnica hermenêutica se pode estabelecer um sentido autônomo e próprio de um texto jurídico, pois o texto perde sua virtualidade no processo compreensivo, já que é compreendido pelo presente. Reduzir a hermenêutica jurídica a um saber técnico que descobre a intenção do legislador, diz Fernández-Largo “[...] *es tan simplista como es la reducción de los acontecimientos históricos a la intención de quienes los protagonizaban.*”⁴¹⁶ A hermenêutica jurídica está mais além do que a mera reconstrução de uma intenção ou uma vontade passada e imanente, mas antes, um questionamento da experiência histórica que revela os propósitos ocultos que condicionam o “compreender jurídico”. O compreender deixa de ser um processo linear que permanentemente reafirma e aperfeiçoa a verdade, tornando-a absoluta e hermética, para se constituir numa crítica investigação que leva em conta as contingências do presente, não caracterizando-se, portanto, como um saber técnico-operativo, mas uma mediação orientadora e reflexiva da atividade prática.

A hermenêutica crítica, no sentido gadameriano, portanto, é tomada como a consciência do momento histórico-efetual do compreender radicalmente finito, “[...] *que o nosso ser, realizado no todo de nossos envios de destino, sobrepuja essencialmente o seu saber sobre si próprio.*”⁴¹⁷ A hermenêutica supera a mera apropriação da essência ou do reconhecimento, como afirma Gadamer, do que foi consagrado pela tradição, pois permite, através da consciência, uma projeção para além do legado e reconhecido, implicando numa superação do presente que ilumina a noite eterna da total tecnocracia que anula o ser e o lança ao esquecimento.⁴¹⁸

⁴¹⁶ FERNÁNDEZ-LARGO, Antônio Osuna. op. cit., 1993, p. 82. [Trad.: [...] é tão simplista como é a redução dos acontecimentos históricos a intenção de quem os protagoniza.]

⁴¹⁷ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 22.

⁴¹⁸ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 27.

Trata-se da possibilidade do fazer e do gerar a partir de pressupostos conscientes através dos quais o sujeito se lança. *“Isto delimita especialmente a posição do filósofo no mundo. Mesmo que ele seja convocado a tirar sempre as conseqüências radicais de tudo, ainda assim, o papel de profeta, de admoestador, de pregador ou também somente daquele que sabe melhor que os outros não lhe cai bem.”*⁴¹⁹ Em última consideração, não é um mero localizar-se no mundo, mas o estabelecimento de um sentido para o possível e necessário, tendo sobretudo o sujeito a consciência *“[...]da tensão entre suas próprias pretensões e a realidade na qual ele está.”*⁴²⁰

É sob esta ótica gadameriana que a hermenêutica jurídica pode ser tomada como compreensão do Direito. Uma compreensão que toma como ponto de partida a auto-compreensão como disposição permanente de auto-crítica, fundada na reflexão acerca da prática, já que vislumbra na filosofia da prática aristotélica o modelo metodológico para as ciências humanas compreenderem a si mesmas e libertar-se da *“[...]espúria restrição de perspectiva imposta pelo modelo das ciências da natureza.”*⁴²¹

Portanto, seria um contra-senso incorporar na hermenêutica jurídica elementos gadamerianos sem assumir como fator essencial a crítica à tradição⁴²² e ao conservadorismo da prática jurídica. O permanente confronto com a tradição exigido no processo compreensivo é sempre e necessariamente uma ação crítica. Este confronto, diz Gadamer: *“[...]não tem lugar no ofício do filólogo ou do historiador, nem nas instituições culturais burguesas, que pretendem a todo custo generalizar o saber histórico. Toda*

⁴¹⁹ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 27.

⁴²⁰ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 28.

⁴²¹ GADAMER. Hans-Georg. op. cit., 1998, p. 13.

⁴²² Cabe lembrar o conceito de tradição usado por Gadamer em **Verdade e Método**, op. cit., 1999, p. 421: *“ [...] existe uma forma de autoridade que foi particularmente defendida pelo romantismo: a tradição. O que é consagrado pela tradição e pela herança histórica possui uma autoridade que se tornou anônima, e nosso ser histórico e finito está determinado pelo fato de que também a autoridade do que foi transmitido, e não somente o que possui fundamentos evidentes, tem poder sobre essa base, e, mesmo no caso em que, na educação, a tutela perde a sua função com o amadurecimento da maioridade, momento em que as próprias perspectivas e decisões assumem finalmente a posição que detinha a autoridade do educador, esta chegada maturidade vital-histórica não implica, de modo algum, que nos tornemos senhores de nós mesmos no sentido de nos havermos libertado de toda herança histórica e de toda tradição. Os costumes são adotados livremente, mas não são criados por livre inspiração nem sua validade nela se fundamenta. É isso, precisamente que denominamos de tradição: o fundamento de sua validade.”*

experiência é um confronto desta natureza"⁴²³

Assim, a hermenêutica no âmbito do Direito constitui-se numa ação reflexiva diante da tradição que determina as condições de estabelecimento de um determinado sentido ao preceito normativo. É o que se designa por interpretação. Atitude prévia e crítica que desempenha um papel fundamental na compreensão do Direito, que não se constitui num problema meramente epistemológico, na medida em que tal comportamento não coloca um questionamento para a filosofia, mas de filosofia.⁴²⁴

Parece, diante disto, que uma discussão no plano exclusivamente metodológico parece insuficiente, pois não se trata de buscar no âmbito filosófico o conceito de verdade, mas do reconhecimento e a reflexão acerca dos pré-condicionantes compreensivos do Direito que orientam a prática jurídica, obrigando a tornar claro qual o referencial estabelecido. Com tal entendimento e pressuposto é que torna-se possível uma leitura hermenêutica do Direito, que não se trata de uma atividade neutra sob o ponto de vista ético-político, nem tampouco técnica.

A interpretação jurídica difere dos demais campos do conhecimento em que se impõe a tarefa compreensiva por ter como objetivo uma finalidade prática: regular comportamentos. A interpretação, no caso específico do Direito, não consiste numa tarefa meramente especulativa, mas destinada à realização de uma ação, o que torna sem propósito restringi-la a um ato de contemplação. A hermenêutica jurídica, por tal particularidade, evidencia de maneira bastante clara que compreensão (ato hermenêutico) e ação prática (atitude decisória) são duas esferas distintas, porém inter-relacionadas, na medida em que a ação resulta da compreensão. -

Na modernidade, com a imposição de um paradigma de racionalidade que divorcia sujeito-objeto e teoria-prática, passa a ser rejeitado o saber fundado na filosofia da prática, na reflexão da prática, por não corresponder ao modelo ideal de "certeza" e "verdade" que são a essência desta atitude, já que, considera radicalmente diferentes as

⁴²³ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 14.

⁴²⁴ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 20.

“questões de conhecimento” e as “questões de valoração”.

“A emergência da nova subjetividade e, com ela correlacionada, de um paradigma de filosofia primeira centrado nas questões da consciência e do conhecimento “exacto” e “demonstrável”, evidenciou, por um lado, que no âmbito do agir humano, dada a sua variabilidade – o que ARISTÓTELES já havia sublinhado – não é possível conhecimento exacto e ciência; por outro, que o estudo dos fenômenos sociais implica a erradicação de elementos normativos, para se coadunar aos cânones epistemológicos da Ciência; e, por último, dissolvida a ordem ética do mundo pré-moderna, a noção de bem passa a referir-se aos interesses e apetências do indivíduo e os sistemas éticos passam a estruturar-se segundo princípios universalísticos, princípios que do not themselves pressuppose any particular conception of the good.”⁴²⁵

A modernidade pretendeu dar um golpe final na filosofia da prática, quando a dissolve em novos ramos da ciência (direito, economia, política, sociologia,...), tal qual vinha sendo idealizado pela tradição iluminista.⁴²⁶ Com Gadamer é proposto um novo paradigma de racionalidade hermenêutica, retomando-se a reflexão ética empreendida por Aristóteles, que busca estabelecer vínculo entre o saber ético e a experiência moral, a *phrónesis*, enquanto uma forma de discernimento diante de uma situação concreta em que se apresentam inúmeras possibilidades de ação.

A filosofia da prática aristotélica constitui para Gadamer, um modelo próprio de hermenêutica, na medida em que “[...] trata-se de razão e de saber, que não estão separados do ser que deveio, mas que são determinados por este e que são determinantes para este ser.”⁴²⁷ Portanto, o problema hermenêutico não é tomado como um saber puro, separado do ser, mas um saber agir frente a algo que não se constitui num saber técnico (*tekne*), e questiona Gadamer: “Por que será que Aristóteles designa como a forma jurídica

⁴²⁵ LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência** – Análise de uma “recepção”. Lisboa: Fragmentos, 1990, p. 167-168.

⁴²⁶ LAMEGO, na obra supra mencionada, p. 168, chama a atenção para o fato de que Hobbes e posteriormente Kant atingem as bases da filosofia da prática. Com a fundamentação da transcendência kantiana, são autonomizados os âmbitos disciplinares da filosofia da prática. Já com Hegel, reconhecendo-se a separação entre Sociedade Civil e Estado, a idéia de ética é tomada como sinônimo de moral, que é tomada interiormente no Direito.

⁴²⁷ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 465.

da *phronesis* [...], e não uma *tekne*?”⁴²⁸ No pensamento aristotélico aquele que “aplica” a lei encontra-se numa situação muito diferente daquele que utiliza um saber técnico porque o jurista está sempre obrigado a considerar diante da lei qual o Direito mais justo. E, neste sentido, afirma Gadamer:

*“[...] todo aquele que aplica o direito se encontra em uma posição bem diferente. Na situação concreta ver-se-á obrigado, seguramente, a fazer concessões com respeito à lei num sentido estrito, mas não porque não seja justo. Fazendo concessões em face da lei não faz reduções à justiça, mas, pelo contrário, encontra um direito melhor. Em sua análise da epieikeia, a equidade, Aristóteles dá a isso uma expressão muito precisa: epieikeia é a correção da lei. Aristóteles mostra que toda lei se encontra numa tensão necessária com respeito à correção do atuar, porque é geral e não pode conter em si a realidade prática em toda sua concreção. [...] É claro que o problema da hermenêutica jurídica encontra aqui seu verdadeiro lugar. A lei é sempre deficiente, não porque o seja por si mesma, mas porque frente ao ordenamento a que intencionam as leis, a realidade humana é sempre deficiente e não permite uma aplicação simples das mesmas.”*⁴²⁹

A hermenêutica jurídica sob a ótica aristotélica, é a tarefa complementar e necessária para a prática jurídica na medida em que o direito positivo não é verdadeiro e absoluto. Tal entendimento não é simplesmente a discussão acerca da inalterabilidade do direito natural e alterabilidade do direito positivo, mas a própria natureza da atividade jurídica que implica em não considerar o Direito de forma dogmática. A filosofia da prática, chamada por Aristóteles de “ciência política”⁴³⁰ no Livro VI de *Ética a Nicômacos*, corresponde ao discernimento⁴³¹. Um conhecimento não científico (no sentido de saber técnico) que se relaciona com a ação diante de um fato particular, um saber agir próprio de quem julga. Afirma Aristóteles:

⁴²⁸ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 473.

⁴²⁹ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 473-474.

⁴³⁰ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2ª ed., 1985, p. 119.

⁴³¹ Na obra supra citada a palavra utilizada para traduzir *phronesis* é discernimento, termo que entende o tradutor ter em português um sentido mais amplo do que “prudência”. Embora também possa ser utilizada a palavra “prudência” para se referir a *phronesis*.

*“[...] o entendimento e o discernimento não são a mesma coisa. De fato o discernimento emite ditames, já que as ações que devemos ou não devemos praticar são a sua finalidade, ao passo que o entendimento apenas julga (o entendimento é idêntico à excelência no entendimento, e as pessoas de entendimento são idênticas às pessoas de excelente entendimento). O entendimento não consiste em ter ou em adquirir discernimento, mas da mesma forma que aprender se chama entender quando significa o exercício da faculdade de conhecer, o entendimento também é aplicável ao exercício da faculdade de opinar com o intuito de julgar o que outra pessoa diz a propósito de matérias com as quais o discernimento se relaciona, e de julgar acertadamente, pois “bem” e “acertadamente” são a mesma coisa.”*⁴³²

A hermenêutica jurídica, recuperando o sentido aristotélico de “julgamento” como o “equitativo”, significa que o ato de compreender – interpretar o Direito – relaciona-se com o campo ético, constituindo-se numa atividade que implica na interação das virtudes humanas. Para Aristóteles, o ideal de ação humana não está tão somente no saber operar teoricamente – com o necessário e absoluto – mas, com o ético, pois o homem que julga não pode estar isolado egoisticamente em seu saber; deve saber agir de acordo com um ideal prudencial de vida. É o que se pode compreender da seguinte afirmação:

*“Com referência ao discernimento, chegaremos à sua definição se considerarmos quais são as pessoas dotadas desta forma de excelência. Pensa-se que é característico de uma pessoa de discernimento ser capaz de deliberar bem acerca do que é bom e conveniente para si mesma, não em relação a um aspecto particular – [...] -, e sim acerca das espécies de coisas que nos levam a viver bem de um modo geral. A evidência disto é o fato de dizermos que uma pessoa é dotada de discernimento em relação a algum aspecto particular quando ela calcula bem com vistas a algum objetivo bom, diferentemente daqueles que são o objetivo de uma arte qualquer.”*⁴³³

Este saber é definido por Gadamer como um “saber-se”, isto é, um saber para si, extraído da *phronesis* aristotélica uma identificação com a filosofia da prática que a define como uma ciência, um saber geral que pode ser ensinado, ainda que sujeita a certas condições, que requer tanto de quem aprende como de quem ensina a mesma e

⁴³² ARISTÓTELES. op. cit., 1985, p. 122-123.

⁴³³ ARISTÓTELES. op. cit., 1985, p. 116.

indissolúvel relação com a *práxis*.⁴³⁴ Neste sentido, a hermenêutica filosófica não é propriamente um novo método de interpretação, de uma doutrina técnica, mas o reconhecimento de que a compreensão é algo além de uma correta e hábil aplicação de conhecimentos (capacidades técnicas) adquiridos, implica na auto-compreensão. A filosofia da prática revive numa hermenêutica que possibilita a mútua interação entre a teoria e a *práxis*, que tem como pressuposto a virtude da *phronesis*.

Chama a atenção Gadamer para o fato de que a hermenêutica jurídica tradicionalmente foi separada da teoria da compreensão por possuir um caráter dogmático, auxiliar da prática jurídica para sanar deficiências excepcionais no sistema dogmático jurídico, não tendo qualquer relação com a tarefa de compreensão da tradição, característica esta da hermenêutica espiritual-científica. Entretanto, a tarefa do jurista é de compreender o conteúdo normativo em relação a um caso particular, com a finalidade de aplicá-lo, que entende Gadamer ser o mesmo procedimento das ciências do espírito, ou seja, não é um caso especial, mas de uma tarefa de reconhecimento de um sentido vigente para um texto normativo que está implícito na tradição.

A interpretação, no âmbito jurídico, consiste em concretizar a lei para cada caso particular, ou seja, numa aplicação, usando a linguagem aristotélica, “num saber discernir”, o que implica em necessariamente saber escolher (saber posicionar-se) e não tão somente numa operação técnica e calculativa. “*Aplicar significa respeitar a experiência concreta e levar em consideração as circunstâncias particulares em que teve lugar o processo interpretativo.*”⁴³⁵ O empreendimento da hermenêutica filosófica rejeita o modelo objetivo-idealista, incluindo a condição humana (estar-no-mundo) como essência do fenômeno da compreensão, que em uma leitura neo-aristotélica implica na imposição ética no novo modelo de racionalidade, que inclui o saber prático como juízo prévio de contextualização.

No âmbito do Direito a reabilitação da filosofia da prática aristotélica traz uma reconceituação de aplicação, na medida em que a interpretação não significa o

⁴³⁴ BERTI, Enrico. op. cit., 1997, p. 252.

⁴³⁵ LAMEGO, José. op. cit., 1990, p. 169.

conhecimento acerca de um objeto, mas um agir mediador.⁴³⁶ Com a hermenêutica filosófica a aplicação é tomada como parte integrante da compreensão de um sentido presente. “A perspectiva não é externa, de um conhecimento conceptual articulado em proposições, mas interna: o conhecimento articula-se através de práticas e actividades”⁴³⁷.

Sob tal perspectiva, o conhecimento, relacionado com a pré-compreensão enquanto experiência de mundo, admite a possibilidade da reflexão acerca de distintos campos, o teórico e o da ação, porém sem dissociá-los, já que a interpretação para Gadamer não se finda em si mesma, mas se constitui numa ação de mediação entre a tradição e o presente. Neste sentido, a hermenêutica jurídica é uma atividade compreensiva em que melhor se evidencia o processo hermenêutico, por sua exemplaridade, pois destina-se a orientar (ser a mediação) para a realização do Direito em um caso concreto.

O modelo de hermenêutica jurídica então proposta é aquela em que considera as condições específicas de uma situação que gera uma fusão de horizontes, considerado de maneira diferenciada pela tradicional concepção hermenêutica que utiliza cânones interpretativos para “captar” as particulares de cada situação a fim de conferir objetividade e validade da ação jurídica. Entretanto, não há como deixar de considerar que a questão da validade é um aspecto próprio e central da problemática da interpretação no caso do Direito.

Com a reabilitação da filosofia da prática aristotélica, incluindo na ação jurídica a ética e a política, vislumbra-se a possibilidade de esclarecimento acerca da finalidade da compreensão do Direito, tornando este o ponto nuclear para a validade da ação, por ser intrinsecamente relacionada com a compreensão. “Enquanto disciplina prática, a Jurisprudência ordenar-se-ia não pelo conhecimento puro (*theoria*), mas ao agir correcto e à realização do bem comum, desideratos que na filosofia aristotélica eram conotados pela noção de *práxis* e postulavam a virtude *dianoética* da *phronesis* (na sua tradução latina, da *prudencia*).”⁴³⁸ Por esta vertente, a reflexão acerca da compreensão do Direito e sua

⁴³⁶ LAMEGO, José. op. cit., 1990, p. 191.

⁴³⁷ LAMEGO, José. op. cit., 1990, p. 193.

⁴³⁸ LAMEGO, José. op. cit., 1990, p. 200-201.

concretização social, viria a ser superada a idéia imposta pelo racionalismo moderno, que privilegia o conhecimento “teórico”, negando a possibilidade de um conhecimento que inclui a finalidade, o conhecimento compreendido a partir da prática jurídica.

*“Desse modo, a interpretação do Direito deixaria de ser entendida de acordo com o que era reclamado pelo paradigma dogmático-exegético e o juiz deixaria de ser concebido como burocrata (Weber) – destituído de legitimidade originária -, passando a ser visto de acordo com o modelo (elitista) do prudente, exercitando a virtude dianoética da phronesis, em vista à realização do bem comum. E enquanto disciplina prática, a Jurisprudência dirigir-se-ia não ao conhecimento do objecto do Direito, mas seria um agir mediador na realização da possibilidade do melhor Direito. E, nesta conformidade, o Direito não seria susceptível de ser definido em termos de propriedades descritivas (como sustenta o positivismo metodológico ou conceptual), mas comportaria uma dimensão de valor. A Jurisprudência serviria, assim, à realização do Justo.”*⁴³⁹

Assim, com Gadamer, a hermenêutica jurídica é tomada em novo sentido, conferindo-se relevância à reflexão acerca da prática jurídica, não enquanto “momento distinto” do processo compreensivo, mas parte integrante e co-substanciada que orienta a decisão possível ao caso concreto. Portanto, em tal perspectiva não há um sentido próprio e prévio do sistema jurídico independente de sua significação no caso concreto. A decisão (tradicionalmente como aplicação - segundo “momento” da compreensão -) não é ato subsequente e necessário, mas parte integrante da compreensão. É exatamente por esta especificidade que a partir da inclusão da hermenêutica filosófica no âmbito jurídico que é se pode falar em aplicação como uma atividade estritamente hermenêutica.

Se, como afirma Gadamer compreender é sempre aplicar, admite-se a possibilidade de ser a compreensão do Direito uma tarefa de questionamento histórico a partir da situação fática como condicionante do processo intelectual de conduzir a generalidade da norma ao concreto. Com isto, não quer se afirmar que o jurista deve possuir um comportamento de historiador, tão somente afirmar-se que a interpretação será mais correta se a compreensão for tomada como uma mediação histórica com o presente, ou seja, a ação jurídica deve levar em conta o sistema normativo em sua inter-relação com a situação

⁴³⁹ LAMEGO, José. op. cit., 1990, p. 201.

presente. *“La hermenéutica sólo describe lo que se hace cuando se comprende (se aplica al interrogante suscitado) un texto que se quiere que diga “algo” ahora.”*⁴⁴⁰

Portanto, o sentido da norma apenas pode ser estabelecido se considerado o vínculo histórico presente em todo ato de compreender. Desta forma adquire a compreensão normativa o caráter de efetividade e validade. Buscar um sentido “oculto” e “próprio” na previsão normativa trata-se de uma ficção, pois a norma é “muda” e possui sentido quando interrogada a partir do presente. Nisto consiste a diferença entre a atividade hermenêutica e a dogmática jurídica, sem que se despreze o caráter didático e metodológico desta última. *“El pasado y el presente, lo general y lo concreto, están mediados en el derecho por la actividad aplicadora.”*⁴⁴¹ Assim, para a compreensão do Direito considera-se um horizonte histórico, que, como afirma Fernández-Largo⁴⁴², possui de um lado uma situação concreta e definida e, de outro, uma previsão normativa muda, genérica e desprovida de qualquer significação imanente.

*“La situación presente y particular, que es la posición propia para la comprensión, se interfiere en lo que el derecho dice sólo de modo incompleto. Y así surge el problema de la hermenéutica jurídica, que consiste en el cuestionamiento de un texto legal, porque la nueva situación es total o parcialmente distinta de las anteriores. Entonces, además de la distancia temporal, se añade la situación modificada. Y sucede que la norma es cuestionada de un modo distinto y que su objetividad pierde fuerza, mientras no se encuentre una nueva virtualidad de sentido (integración, analogía) que le confiera renovada eficacia.”*⁴⁴³

⁴⁴⁰ FERNÁNDEZ-LARGO, Antônio Osuna. op. cit., 1993, p. 97. [Trad.: A hermenêutica só descreve o que se faz quando se compreende (se aplica ao interrogante suscitado) um texto que se quer que diga algo agora.]

⁴⁴¹ FERNÁNDEZ-LARGO, Antônio Osuna. op. cit., 1993, p. 98. [Trad.: O passado e o presente, o geral e o concreto, estão mediados no direito pela atividade aplicadora.]

⁴⁴² FERNÁNDEZ-LARGO, Antônio Osuna. op. cit., 1993, p. 98.

⁴⁴³ FERNÁNDEZ-LARGO, Antônio Osuna. op. cit., 1993, p. 99. [Trad.: A situação presente e particular, que é a posição própria para a compreensão, interfere no que o direito diz apenas de modo incompleto. E assim, surge o problema da hermenêutica jurídica, que consiste no questionamento de um texto legal, porque a nova situação é total ou parcialmente distinta das anteriores. Então, além da distância temporal, se apresenta a situação modificada. E ocorre que a norma é questionada de um modo distinto e que sua subjetividade perde força, enquanto não se encontra uma nova virtualidade de sentido (integração, analogia) que lhe confira renovada eficácia.]

A hermenêutica jurídica, em tal consideração, vem a renovar e dar sentido à previsão normativa, além de possibilitar a revelação do significado do Direito e da prática jurídica. A dimensão histórica do Direito considerada no âmbito da compreensão vem a superar o caráter técnico-instrumental conferido à hermenêutica jurídica pelo pensamento iluminista. Conforme já considerado, por possuir a hermenêutica no âmbito do Direito um caráter diferenciado – determinar regras objetivas e princípios metodológicos para a “correta aplicação da norma” –, a análise da formação histórica do pensamento hermenêutico jurídico evidencia exatamente este aspecto, ou seja, a preocupação no estabelecimento de regras para uma correta interpretação da norma (compreensão) com vistas a sua aplicação (ação decisória). Num primeiro momento a hermenêutica jurídica, de maneira próxima à teológica, ou seja, como arte de revelação do divino corporificado no texto, é tomada como a arte de revelação do sentido da lei. Tal proximidade justifica-se por ambos campos hermenêuticos pressuporem que o texto possui uma mensagem a ser desocultada através de um instrumental técnico-racional.

Na fase da ilustração, a preocupação hermenêutica, destacadamente no campo filológico, que veio na esteira do historicismo e do racionalismo metodológico, conferiu-lhe relevância para as ciências do espírito, por ser menos impregnada do princípio de autoridade, ao contrário da jurídica e teológica, tornando-a um paradigma racional de ciência e referencial aos demais campos hermenêuticos. A hermenêutica jurídica veio a se aproximar da hermenêutica definida pelo romantismo historicista, por possuir um ponto central de co-relação: a necessidade de refletir acerca do fenômeno da compreensão normativa como condição prévia do ato de decisão, apesar das amarras impostas de reduzi-la a técnica autoritária e ao dogmatismo, que paradoxalmente a afastava dos demais campos hermenêuticos.

Por esta razão, foi conferido à hermenêutica jurídica um caráter dogmático diferenciando-a das demais, pois o jurista toma a hermenêutica para determinar a compreensão objetiva-atualizada do texto normativo segundo um critério de utilidade, na qual a historicidade é utilizada num “primeiro momento”, como afirma Betti, para determinar o sentido originário da norma para posterior aplicação.

Esta concepção reduz a historicidade a um dentre os vários critérios possíveis para se determinar o sentido normativo, desconsiderando-o enquanto fator determinante do processo compreensivo. Com o conceito de historicidade introduzido por Gadamer, o intérprete jurídico é tomado como sujeito compreensivo situado historicamente, projetando sua autocompreensão na compreensão normativa, o que vale dizer que o processo compreensivo não é constituído de momentos distintos, pois não há uma compreensão originária da norma independente das condições existenciais do sujeito que a interpreta, nem tampouco a possibilidade de reconstrução de um passado. Nas palavras de Fernández-Largo: “[...]no hay una comprensión originaria de la norma y, posteriormente, una aplicación suscitada por una condición del intérprete y en un proceso circular con la tradición del mismo texto.”⁴⁴⁴

A compreensão normativa opera com a mediação da distância temporal. Entretanto, isto não significa afirmar que o elemento histórico no fenômeno compreensivo é a possibilidade de reconstrução de um sentido originário do preceito normativo e de um passado. Esta é uma concepção ingênua da historicidade que apenas admite a possibilidade de compreensão do passado pelo passado. Sob a ótica da consciência histórica crítica, o passado é tomado compreensivamente através do presente, constituindo uma unidade relacional simultânea, na medida em que o sujeito se encontra sob os efeitos do que Gadamer define como história efetual.

“Na suposta ingenuidade da nossa compreensão, na qual nos guiamos pelo padrão da compreensibilidade, o outro se mostra a partir do próprio, e isso de tal modo que ele não se expressa mais, em absoluto, como próprio e como outro. O objetivismo histórico, na medida em que apela para o seu método crítico, oculta o entrelaçamento efetual-histórico em que se encontra a própria consciência histórica. É verdade que, graças a seu método crítico, ele desmorona a arbitrariedade e o capricho de certos atualizadores congraçamentos com o passado, mas com isso ele se livra da má consciência e negar aquelas pressuposições que não são arbitrárias nem aleatórias, mas sustentadoras, as quais guiam seu próprio compreender; dessa forma negligencia a verdade que seria acessível,

⁴⁴⁴ FERNÁNDEZ-LARGO, Antônio Osuna. op. cit., 1993, p. 65. [Trad.: [...] não há uma compreensão originária da norma e, posteriormente, uma aplicação suscitada por uma condição do intérprete e um processo circular com a tradição do mesmo texto.]

apesar de toda finitude de nossa compreensão.”⁴⁴⁵

A substância, como é chamado por Gadamer o suporte da opinião e do comportamento subjetivo, é um dado histórico prévio existente na situação compreensiva, embora sua presença seja despercebida e incontrolada. A negação da história efetual por força da fé ingênua na metodologia como “filtro” subjetivo, diz Gadamer, é uma deformidade do próprio conhecimento.⁴⁴⁶ Considerar a história efetual no fenômeno compreensivo, é uma necessidade da consciência científica. Isto não significa que a consciência da historicidade em seus efeitos condicionantes-condicionados, é algo que se realiza de maneira plena, absoluta (conforme a pretensão hegeliana de saber), mas trata-se de “[...]um momento da realização da própria compreensão[...]”⁴⁴⁷, quando o sujeito na relação dialógica com o texto, faz um questionamento proposital.

O reconhecimento de que o sujeito se encontra inserido nos efeitos da historicidade é uma tarefa hermenêutica – consciência da situação – que permite estabelecer um horizonte, ou seja, torna possível ao sujeito lançar-se para além do imediato circundante, para questionar o que lhe é colocado pela tradição. A ausência de horizonte, na perspectiva gadameriana, é a condenação do sujeito à limitação do imediato, à supervalorização do mais próximo, sem que consiga transcender e valorizar de maneira adequada o significado do circundante. Portanto, é a absoluta falta de possibilidade de questionamento para além do que a tradição coloca ao sujeito. A questão que pode se colocar é se haveria possibilidade de reconstrução do horizonte do texto, por ser este exatamente o pressuposto da tradicional hermenêutica jurídica.

Reconstruir o sentido originário da norma, pretendendo a “deslocação” do intérprete a um horizonte estranho e passado, é uma crença da razão iluminista para a qual o esclarecimento (*Aufklärung*) histórico era um instrumento

⁴⁴⁵ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 450.

⁴⁴⁶ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 450.

⁴⁴⁷ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 451.

emancipatório do homem⁴⁴⁸ considerado em sua individualidade. Porém chama a atenção Gadamer que esta é uma ficção robinsonada, pois o sujeito não é alguém isolado, nem tampouco o horizonte é algo fechado. “O horizonte é, antes, algo no qual trilhamos nosso caminho e que conosco faz o caminho. Os horizontes se deslocam ao passo de quem se move.”⁴⁴⁹ Deslocar-se para um horizonte estranho é um movimento através do qual o presente e passado se movem simultaneamente, permitindo a autoconsciência para além das fronteiras do imediato circundante, formando um horizonte único (a fusão de horizontes) que a tudo permeia, absorve e confere significado.

Estabelecer um sentido para a norma, é sem dúvida, uma tarefa histórica de um deslocamento a um horizonte, mas isto não significa que é uma solitária jornada; ao contrário, o horizonte presente é deslocado junto com o sujeito que, no encontro compreensivo se funde em um só. O deslocar-se não é um “apartar de si mesmo”, como diz Gadamer, pois o sujeito projeta-se para a outra situação podendo, a partir disto, de si próprio, compreender o outro. A consciência histórica, defendida por Gadamer é a horizontalidade da tradição que ganha sentido a partir do presente e a fusão de ambos.

A compreensão normativa consiste em se colocar frente à tradição mediada historicamente a partir do horizonte situacional do jurista (essencialmente plural e contraditório). Isto equivale a afirmar que “*No hay comprensión sin mediación histórica y al intérprete y a su comprensión le son inherentes la condición de lo temporal y de los horizontes históricos.*”⁴⁵⁰ Com esta perspectiva, a hermenêutica jurídica não pode mais admitir a interpretação objetiva e idealista que crê na possibilidade de compreensão do sentido originário da norma como um fenômeno em si mesmo, acima e independente da história efetual, como um momento autônomo. A interpretação normativa que considera a história

⁴⁴⁸ Cabe lembrar que para a razão iluminista o esclarecimento vem associado à libertação. A razão, a ciência e a técnica criadas na modernidade tinham por finalidade a emancipação do homem da ignorância e obscurantismo da Idade Média, cujo resultado era uma sociedade dividida de maneira irracional segundo a origem e a religiosidade. Para Kant a responsabilidade de libertação estava no indivíduo que deveria ter a coragem de fazer uso de sua própria razão. O esclarecimento através da ciência, da razão e da tecnologia consistia, para o pensamento kantiano num processo histórico e individual, porém a historicidade é compreendida pelos olhos do romantismo dominante.

⁴⁴⁹ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 455.

⁴⁵⁰ FERNÁNDEZ-LARGO, Antônio Osuna. op. cit., 1993, p. 66. [Trad.: Não há compreensão sem mediação histórica e o intérprete e sua compreensão são inerentes à condição temporal e os horizontes históricos.]

efetual, abre as portas para a inclusão do intérprete com seus preconceitos (sua substância) na tradição do texto.

Por outro lado, não há como se admitir a idéia de horizonte sem considerá-lo em sua diversidade, isto é, não é unitário, mas constituído por conflitos de perspectivas, e este é um aspecto central da discussão hermenêutica. Saavedra⁴⁵¹ chama a atenção que o caráter plural e descentralizado do discurso é que deve levar em conta o sujeito agente, como instância fundamentadora-atualizadora-garantidora da atividade interpretativa.

Numa vertente idealista, cunhada pelo princípio da neutralidade e da crença de que a história é um processo gestatório linear e unitário, o sujeito é tomado como aquele movido por um “espírito atualizador” das manifestações jurídicas, e com isto, a dinâmica dos ordenamentos jurídicos seria explicada por uma espécie de “história viva” encarnada no sujeito, que poderia conduzir a um crescente “aperfeiçoamento” do Direito. Esta “dialética historicista” ingênua deixa oculto o caráter contraditório e essencial do caráter ideológico da “vontade do jurista”, o que é melhor visualizado pela ótica materialista da história, onde a consciência do sujeito é tomada como expressão da vontade social, ou fonte de “inspiração da vontade do jurista”. *“Este seria el porta voz o agente de su clase, de la clase dominante, que adaptaría el ordenamento jurídico a las particularidades de las relaciones concretas, individualizadas, o a las necesidades de la infraestructura.”*⁴⁵²

De qualquer forma, uma perspectiva historicista que não leva em conta o fato de que o Direito é a condensação do conflito global das relações sociais, ou seja, que é capaz de produzir efeitos não assumidos por uma suposta possibilidade de se constituir uma “instância decisória da verdade através de um consenso dialógico”, não admite visualizar a prática jurídica como resposta a interesses conflitantes mediados pelo Direito. Uma via possível é o desocultamento das contradições – a ausência de horizonte unitário e consensual – é através da via crítica da historicidade, que possibilita a superação e as rupturas dos limites

⁴⁵¹ SAAVEDRA, Modesto. op. cit., 1978, p. 132-133.

⁴⁵² SAAVEDRA, Modesto. op. cit., 1978, p. 133. [Trad.: Este seria o porta-voz ou agente de sua classe, da classe dominante, que adaptaria o ordenamento jurídico às particularidades das relações concretas, individualizadas, ou das necessidades da infra-estrutura.]

impostos pela tradição. Hespanha⁴⁵³ analisando a maneira pela qual o passado modela o presente, afirma que o passado se relaciona com o presente não pela imposição direta de valores e de normas, mas pela disponibilização de utensílios sociais e intelectuais com que se produzem novos valores e novas normas, ou seja, fornece a substância preconceitual que move o sujeito no processo compreensivo.

Por conta da consideração de que a hermenêutica jurídica possui um ponto de tensão entre o texto proposto e o sentido a ser alcançado no instante de sua concretização, a aplicação⁴⁵⁴ tomada como a atividade que confere validade à compreensão normativa como momento distinto da interpretação. Esta distinção entre a função cognitiva (a interpretação) e a função normativa (aplicação) é uma falsa contraposição, pois se assim fosse, a compreensão seria o estabelecimento de um saber dominador, “[...]isto é, *apropriação por apoderamento, mas se submete à pretensão dominante do texto*”.⁴⁵⁴ A tese defendida por Gadamer é de que interpretação e aplicação se incluem, na medida em que a compreensão é a superação de uma distância temporal que separa o texto e o intérprete, pois quem compreende interroga e liberta o texto de um sentido passado, como um ato único, um amálgama em que não existe o lapso temporal.

A compreensão, portanto, é tomada como integração indissociável entre interpretação e aplicação, o que contraria a idéia tradicional legada pelo pensamento formal-legalista de que o intérprete não poderia alterar um sentido originário da previsão normativa, seja da “vontade da lei” ou da “vontade do legislador”, no máximo atualizá-lo. Gadamer nos chama a atenção para o fato de que a compreensão normativa é um fenômeno aberto no qual é impossível a reconstrução de um sentido originário, por ser uma experiência contínua entre o passado e o presente a fim de conhecer um sentido vigente. O jurista encontra completo o sentido de um texto legal com a decisão, e com isto, é necessário admitir que a compreensão implica sempre na aplicação de um sentido no qual ele, com sua transcendência histórica, é parte.

⁴⁵³ HESPANHA, Antônio M. op. cit., 1997, p. 26-27.

⁴⁵⁴ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 464.

*“Agora se torna claro o sentido da aplicação que já está de antemão em toda forma de compreensão. A aplicação não quer dizer aplicação ulterior de algo comum dado, compreendida primeiro em si mesma, a um caso concreto, mas é antes, a verdadeira compreensão do próprio comum que cada texto dado representa para nós. A compreensão é uma forma de efeito, e se sabe a si mesma como tal efeito.”*⁴⁵⁵

Recorrendo ao conceito gadameriano de experiência, que pressupõe o rompimento da dicotomia sujeito-objeto, já anteriormente tratado, a compreensão apresenta-se como a mudança no sujeito cognoscente e não como um saber obtido apenas acerca do objeto. A experiência, como abertura para a realização de novas experiências, não significa uma correção de erros, mas num constante processo de afirmação, negação e superação de conceitos, enquanto essência histórica e possibilidade de finitude humana.

A hermenêutica jurídica enfrenta o texto normativo como um *tu* com o qual se deseja estabelecer uma comunicação aberta, como consciência histórica. O ato interrogativo, essência da experiência, é sempre colocada diante de uma situação fática, e é exatamente isto que condiciona todo processo intelectual que conduz a generalização normativa ao concreto.

Verdade e Método é uma inquietante provocação ao pensamento jurídico que ergueu um modelo de ciência sobre os rigorosos pilares da crença no método e na verdade, e é exatamente isto que Gadamer coloca como o ponto de tensão central de sua obra. Pretende mostrar que a verdade é produto do sujeito e suas circunstancialidades, o que no âmbito jurídico significa dizer que a compreensão consiste na reflexão dos condicionamentos e das particularidades de cada situação, rompendo as amarras impostas pelo pensamento tradicional que tornava o Direito hermético a qualquer reflexão acerca do jurista como partícipe de sua compreensão. Com isto a hermenêutica jurídica questiona qualquer pretensão de prática jurídica desprovida de valoração ética, que é o elemento integrante da ação interrogativa do intérprete com a norma – as finalidades humano-sociais e a consciência do horizonte histórico a partir do qual se interroga.

⁴⁵⁵ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 504.

3.2. A Linguagem como “Fio Condutor” da Experiência do Direito

Na terceira parte de *Verdade e Método*, Gadamer se propõe a discutir a virada ontológica da hermenêutica sob o fio condutor da linguagem. Este é, sem dúvida, um dos aspectos centrais a serem considerados pela hermenêutica filosófica exatamente porque parte da idéia de que a linguagem é o meio de realização e transmissão de toda experiência, constituindo a linguagem elemento inseparável do próprio ser e meio universal em que se realiza a compreensão. *“Todo compreender é interpretar, e todo interpretar se desenvolve no medium de uma linguagem que pretende deixar falar o objeto e é, ao mesmo tempo, a linguagem própria de seu intérprete.”*⁴⁵⁶ Assim, toda relação vital histórica humana se realiza através da linguagem que concretiza a própria consciência da história efetual.

Assinala Gadamer que a filosofia grega tem início “[...]com o conhecimento de que a palavra é somente nome, isto é, que não representa (*vertreten*) o verdadeiro ser.”⁴⁵⁷ A dúvida sobre a palavra é um problema central que, na fase da ilustração grega, dá origem a questão da verdade. É exatamente este o pano de fundo de *Crátilo*⁴⁵⁸, onde Platão põe em discussão a teoria convencionalista, que defende como única fonte dos significados das palavras a convenção social, e a teoria da *correctura* que vê na palavra uma coincidência natural com a coisa a qual representa. De qualquer modo, ao que parece, Platão pretende com esta discussão interminável mostrar que a solução está em outro nível: a superação das palavras pela dialética.

“A dialética, a que aponta esse contexto, pretende evidentemente confiar o pensamento a si mesmo e a seus verdadeiros objetos [...], abrindo as idéias, de maneira tal que, com isso, se supere o poder das palavras [...] e sua tecnificação demoníaca na arte da argumentação sofisticada. A superação do âmbito das palavras [...], pela dialética não quer dizer, obviamente, que exista realmente um conhecimento isento de palavras, mas, unicamente, que o que abre o acesso à verdade não é a palavra, mas pelo contrário: que a adequação da palavra só se

⁴⁵⁶ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 566-567.

⁴⁵⁷ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 590.

⁴⁵⁸ Tema oportunamente tratado no capítulo 1.

poderia julgar a partir do conhecimento das coisas.”⁴⁵⁹

Independente das inúmeras considerações que podem ser feitas a respeito da *Sétima Carta*, uma análise possível é a de que, para Platão, o *logos* flui pelas palavras e estas, consideradas em si mesmas, não podem pretender nenhuma significação de verdade, estando então o *logos* subordinado às palavras, pois aparentam verdade ou falsidade de acordo com sua incorporação pelo ente. De qualquer modo, Platão confere papel secundário à linguagem, tomando-a como mero instrumento de manifestação das coisas, com função designativa, havendo independência, portanto, entre a linguagem e o conhecimento. Assim, é legada pelo pensamento grego a idéia de que a linguagem possui caráter meramente instrumental e não como manifestação da própria experiência humana. Com isto, a linguagem se converte em mera combinação de signos que designam seres definidos e conhecidos previamente, ocorrendo uma inversão.

*“Agora já não se pergunta pelo ser ou pelo caráter medial das palavras partindo da coisa, mas sim, partindo do médio da palavra, pergunta-se pelo que e como medeia àquele que usa. A essência do signo é que tem seu ser na função de seu emprego, e isto de tal modo que sua aptidão consiste unicamente em ser um indicador. Por isso, nessa sua função, tem de se destacar do contexto em que se encontra e em que terá de ser tomado como signo, e justo com isso suspender o seu ser-coisa e embutir-se (desaparecer) no seu significado: é a abstração do próprio indicar.”*⁴⁶⁰

Com a transformação da palavra em signo, e, a ciência incorporando tal idéia, criou-se o mito da possibilidade de estabelecer um sentido exato e preciso da palavra, tomando-a como mero instrumento do pensamento e da coisa que designa, admitindo a separação entre o pensamento e a linguagem, entre o ser e a coisa pensada. Com isto a linguagem torna-se uma abstração, um sistema prévio de verdades que se subordinam aos signos. Gadamer chama a atenção para a falsidade desta concepção, admitindo que o sentido da palavra não precede a experiência, mas pertence à experiência na medida em que é expressada em palavras. O esforço do pensamento grego em libertar o pensamento da

⁴⁵⁹ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 592.

⁴⁶⁰ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 600.

linguagem, cujo primeiro passo é dado em *Crátilo*, conduziu à moderna teoria instrumentalista da linguagem e ao ideal racionalista do sistema de signos, cujo resultado é a redução do ser ao signo.

Tomando a linguagem como experiência, é negada a concepção instrumental da linguagem e qualquer possibilidade de objetividade de sentido – referência única e fixa –, tal qual o processo de compreensão. Para Gadamer o decisivo na linguagem é sua íntima relação com a reflexão enquanto fenômeno global e complexo de experiência histórica.

Deslocando o problema da linguagem para outra dimensão, como concepção de mundo, pode-se tomá-la, a partir de Heidegger, como experiência hermenêutica. Sob esta ótica, a linguagem não é vista como “[...] *um dos dotes, de que se encontra apetrechado o homem, tal como está no mundo, mas nela se baseia e representa o fato de que os homens simplesmente têm mundo*”.⁴⁶¹ A revelação do mundo está na linguagem, pois ao se compreender a linguagem se compreende o mundo por ela revelado.

Assim, Gadamer toma a linguagem não como mera capacidade ou apetrecho humano, mas como a representação que o ser humano possui do mundo. A existencialidade é constituída através da linguagem, não sendo, portanto, autônoma. “*Não somente o mundo é mundo, apenas na medida em que vem à linguagem – a linguagem só tem sua verdadeira existência no fato de que nela se representa o mundo.*”⁴⁶² Ter mundo é ter linguagem, característica própria do homem, já que através dela compreende o passado, presente e futuro, permitindo a construção do mundo.

A condição humana, enquanto possibilidade de elevar-se sobre o mundo circundante, é tomado como um princípio lingüístico. Através da linguagem o homem adquire um posicionamento distinto em relação ao que lhe é circundante, pois lhe permite expressar sobre algo de diferentes maneiras. Neste ponto, Gadamer lembra que Aristóteles já havia considerado o homem um animal distinto dos demais exatamente porque *fala*, isto é,

⁴⁶¹ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 643.

⁴⁶² GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 643.

*"[...] enquanto o grito dos animais induz sempre seus companheiros de espécie a uma determinada conduta, o entendimento lingüístico através do logos está dirigido para pôr o que é como tal".*⁴⁶³ A linguagem, é portanto, um aspecto peculiar humano caracterizado pela alteridade em relação àquilo que expressa.

O entendimento num processo dialógico é uma relação vital entre sujeitos realizada através da linguagem, permitindo a demarcação de um amplo horizonte que se abre frente ao sujeito. É o próprio mundo que se abre frente ao sujeito, abrindo simultaneamente os diferentes mundos legados pela tradição, que se fundem e se transmitem lingüisticamente estruturados. Entretanto, tal relação é marcada pela liberdade humana de transcender ao mundo circundante, pois apenas com esta liberdade é que o homem pode elevar-se para além das coerções que lhe vêm de encontro, o que permite adquirir uma compreensão e estruturação de linguagem – possibilidade diversa de expressar algo - distinta da que lhe é imposta no confronto dialógico, sendo assim, uma capacidade de mutabilidade e liberdade apenas própria da capacidade humana.

O entendimento no processo dialógico, esclarece Gadamer: *"É um processo vital, onde se representa uma comunidade de vida."*⁴⁶⁴ Isto significa dizer que o entendimento é um partilhar de mundo – *"[...] solo comum, não palmilhado por ninguém e reconhecido por todos, que une a todos os que falam entre si."*⁴⁶⁵ -, é torná-lo realidade através da linguagem. Assim, a linguagem não é mero instrumento de entendimento, mas a concretização e realização da experiência humana que permite a compreensão e a superação de um horizonte. A vinculação lingüística à experiência de mundo e à constante necessidade de sua superação é o que conduz a permanente "entrada e saída" em diferentes experiências sem que seja abandonado o mundo que circunda o sujeito. Nem mesmo a consciência dos preconceitos e condicionamentos não anula as experiências, mas as torna reveladas.

A linguagem, tal qual é tomada por Gadamer, é assim, a revelação e a possibilidade do mundo que se encontra entre os homens. *"A linguagem, como um campo de*

⁴⁶³ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 646.

⁴⁶⁴ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 647.

⁴⁶⁵ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 647.

interacção, não é realmente um «instrumento» que se construiu para a compreensão. [...] no homem trata-se de uma compreensão lingüística, e por conseguinte, é o mundo que está entre as pessoas.”⁴⁶⁶ O mundo, espaço aberto de existência humana, é o campo hermenêutico reflexivo no qual reside a linguagem e engloba todo conhecimento em seu horizonte. Isto que leva Palmer⁴⁶⁷ a denominar a lingüisticidade como experiência humana de mundo, pois o que se revela e se compreende na linguagem não é tão somente uma experiência momentânea e particular, mas um mundo que pode transcender o tempo e o espaço. “[...] um texto antigo de um povo há muito extinto pode tornar presente, com a mais espantosa exactidão, o mundo interpessoal que existiu entre essa gente. Assim os nossos próprios mundos de linguagem têm uma certa universalidade neste poder de compreender outras tradições e lugares.”⁴⁶⁸

Sendo a experiência hermenêutica uma fusão de horizontes, a linguagem é o “chão” comum onde a tradição se oculta e se transmite. Assim, a linguagem “[...] é algo que se difunde no modo de estar-no-mundo do homem histórico.”⁴⁶⁹ O ter linguagem é o que permite ao homem pertencer ao mundo – a certo grupo, a certa história, a certa cultura – num certo tempo e lugar e não possuí-lo subjetivamente. A linguagem, assim, não é possuída pelo sujeito, mas aprendida, ordenada e amoldada de acordo com a situação presente em que o sujeito se encontra. É exatamente por isto que a linguagem se abre em infinita expansão, mediando a tradição. Este “pertencer” do sujeito à linguagem é o que permite a fusão de horizontes, pois assim como o sujeito pertence à linguagem, o texto também pertence, delineando um horizonte comum entre ambos – o que Gadamer denomina de consciência histórica operativa.

A implicação metodológica desta “pertinência” é que, ao buscar compreender o que está em um texto, o sujeito não tão somente observa e vê o texto, mas antes, participa dele e o ouve. O ouvir o texto, que é diferente do ver, é um caminho que conduz ao todo, pois é o único sentido que participa, segundo Gadamer, diretamente da

⁴⁶⁶ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 208.

⁴⁶⁷ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 209.

⁴⁶⁸ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 209.

⁴⁶⁹ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 210.

experiência lingüística do mundo, e, portanto, capacitado a escutar o logos.

*“A linguagem, na qual o ouvir participa, não é somente universal no sentido de que nela tudo pode vir à fala. O sentido da experiência hermenêutica reside, antes, no fato de que, face a todas as formas de experiência no mundo, a linguagem põe a descoberto uma dimensão completamente nova, uma dimensão de profundidade, a partir da qual a tradição alcança os que vivem no presente. Tal é a verdadeira essência do ouvir, já desde tempos remotos, e inclusive antes da escrita: O ouvinte está capacitado a ouvir a lenda, o mito, a verdade dos antepassados. A transmissão literária da tradição, como a conhecemos, não significa, face a isso, nada de novo, apenas altera a forma e dificulta a tarefa do verdadeiro ouvir”.*⁴⁷⁰

A experiência hermenêutica, pertencimento interrogativo da tradição, é um desafio à idéia tradicional metódica da ciência, pois a linguagem não é um mero fato gramatical, mas é um fenômeno que traz à tona o que é dito e transmitido pela tradição, simultaneamente uma apropriação e interpretação. Por outras palavras, o sujeito participa “com” e “na” linguagem no processo compreensivo, porque a linguagem, de um lado, modela, ordena e confere sentido ao mundo e de outro, esconde a tradição. “Por isso, é aqui, onde se pode dizer com toda razão, que esse acontecer não é nossa ação na coisa, mas a ação da própria coisa”.⁴⁷¹ É esta dimensão ontológica da linguagem – a revelação da coisa tal qual ela é – que confere sentido à experiência hermenêutica experimentada pelo sujeito, uma revelação ontologicamente significativa para o sujeito.

É desta maneira que a tradição interpela o sujeito, pois a compreensão é a dimensão ontológica-significativa de algo revelado lingüisticamente, impondo uma abertura de horizonte. Isto implica num total abandono da atitude metódica – que é um limite na atitude de dominar – que busca “um sentido intrínseco” para buscar reconstruí-lo, colocando o sujeito consciente dos preconceitos condicionadores para superá-los.

Cada atitude compreensiva diante de um texto é, portanto, uma experiência inédita, um novo horizonte revelado. A compreensão não é um conhecimento a

⁴⁷⁰ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 671.

⁴⁷¹ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 672.

ser obtido, mas sobretudo, uma experiência a ser realizada mediada na linguagem, que não é fixa e previsível, mas essencialmente dinâmica e viva, “fio condutor” da finita e histórica experiência compreensiva. A compreensão, cuja essência é especulativa, é característica universal humana, e sempre um evento histórico dialético e lingüístico, cuja chave-mestra é a ação participativa, aberta e dinâmica do sujeito.

Dentro da concepção idealista da tradicional hermenêutica jurídica, a questão da linguagem parte da idéia instrumentalista admitindo a existência de uma relação entre o significado e significante, sendo possível ao intérprete determinar de maneira objetiva, um sentido imanente e próprio das expressões lingüísticas do Direito. Esta noção tradicional acerca da linguagem jurídica serve como justificativa para a aceitação do sentido acerca das expressões do Direito que foram sendo fixadas, caracterizando o que Warat denomina de “senso comum teórico dos juristas”, “[...] *um neologismo proposto para que se possa contar com um conceito operacional que sirva para mencionar a dimensão ideológica das verdades jurídicas.*”⁴⁷²

A concepção instrumentalista da linguagem jurídica, desprezando o aspecto ontológico da linguagem, toma como verdadeiro o sentido herdado pela tradição, povoado por crenças, metáforas e estereótipos, que vão de maneira autônoma e anônima, governando os atos decisórios, apostando na “certeza” do método. Como “força alienante”, tais mecanismos de idealização, transformam a compreensão do Direito uma reprodução da ordem instituída, negando e excluindo as novas forças e os novos sujeitos de direito. A prática jurídica, fundada num saber dominante acumulado que busca justificação em “verdades interpretativas instituídas”, opera socialmente no sentido de manter uma ordem, igualmente instituída e dominante, protegida contra qualquer questionamento. Assim, no dizer de Warat:

“A aplicação da lei fica garantida por uma “clima” de sentidos que afirmam, no discurso, as práticas do Direito que muitas vezes negam à sociedade. Como no discurso amoroso, os juristas falam do que não têm, para sustentar muitos “desejos” (reivindicações de novos direitos) em sua perda: trata-se de uma representação implementada para dissolver, numa miragem simbólica, carências insustentáveis, faltas que precisam ser faladas para que se possa imaginá-las

⁴⁷² WARAT, Luiz Alberto. op. cit., 1994, p. 13.

preenchidas.”⁴⁷³

A hermenêutica filosófica traz como questionamento central a questão da fundamentação, onde a linguagem é tomada como mediação de um conhecimento que existe a partir da reflexão acerca da prática intersubjetiva e historicamente construída. Desse modo, a linguagem passa a ser o meio de acesso à significação do mundo circundante, por outras palavras, a linguagem não é tomada como um fim em si mesma de que o sujeito se apropria para compreender um objeto, mas um instrumento mediante o qual o sujeito confere significação à realidade no processo compreensivo. Com isto, é rompida a concepção de que é possível ao sujeito compreender independente da linguagem, já que através dela a tradição é manifestada pelo sujeito em sua relação com outro sujeito.

No âmbito da hermenêutica jurídica, entendida tradicionalmente como um dos campos da dogmática cujo objeto é a interpretação da lei, a inserção da hermenêutica filosófica implica na recusa do postulado de existência de um sentido verdadeiro a ser estabelecido pelo sujeito independente de seus pré-condicionantes. Chama a atenção Streck que esta não é uma tarefa fácil, já que a crítica ao discurso dogmático-jurídico dominante pela via filosófica, tem como questionamento central as “[...] *condições de possibilidade de sentenças intersubjetivamente válidas a respeito do mundo* [...]”⁴⁷⁴, implicando em admitir e superar os condicionantes prévios da compreensão que antecipam o sentido. Gadamer, ao afirmar que ter linguagem é ter mundo, coloca um inquietante desafio, pois o mundo é um móvel e transitório horizonte que se abre frente ao sujeito em qualquer processo compreensivo, tomando a interpretação enquanto constante problematização entre o discurso e a realidade circundante.

A linguagem jurídica não pode mais ser tomada como “terceira coisa” que se interpõe entre o sujeito e o objeto, mas como meio de acesso ao mundo que permite clarificar o sentido do ser, presente na estrutura compreensiva. Portanto, é ingênuo querer estabelecer um sentido lingüístico verdadeiro, desconsiderando o modo como o ser está no mundo e suas contingências existenciais.

⁴⁷³ WARAT, Luiz Alberto. op. cit., 1994, p. 21.

⁴⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. op. cit., 1999, p. 156.

Compreender a linguagem é estar disposto a abrir-se para o mundo, para dialogar com o que antecede o ser, com a tradição estruturada linguisticamente manifestada na ação. Por trazer a linguagem sempre algo de especulativo, na medida em que o sentido da palavra é uma das possibilidades dentre o infinito do universo humano significativo, o sentido nunca pode ser algo absoluto, por encerrar dentro de si o não dito, o não revelado do ser. As palavras dos enunciados jurídicos, portanto, constituem símbolos mudos a que o intérprete confere significado num momento determinado, sob condições particulares, que jamais serão repetidas.

O texto jurídico é, sob tal ótica, mediado e interrogado por um sujeito que partilha com outros sentidos, verdades e significações. O sujeito acessa ao texto porque o compreende finita e historicamente a partir de sua individualidade. A tarefa hermenêutica é justamente evidenciar – pôr a descoberto – as múltiplas possibilidades compreensivas, tendo como ponto de partida o reconhecimento e o questionamento do horizonte compreensivo a ser superado. O sentido conferido a um texto jurídico é, assim determinado pela pergunta colocada, pois o questionamento é o que precede a compreensão. É o que Gadamer denomina de dialética especulativa, processo interminavelmente aberto do conhecimento do sentido, em que se evidencia a tradição, tal qual um jogo onde o que compreende é parte integrante de um acontecer.

Chama a atenção Streck⁴⁷⁵, que o caráter secundário conferido à linguagem é uma das causas do “mal-estar da modernidade”, pois o sujeito vê-se submetido a um gigantesco processo de instrumentalização que o enclausura na estrutura da semiótica e às regras da estrutura semântica, tornando a linguagem um objeto e instrumento sem sentido. A linguagem é assim compreendida tal qual um errante viajante do deserto do não-sentido, que adquire forma autonomamente. Entretanto, sendo a linguagem manifestação da experiência, desaparece por completo a “miragem” de uma “vontade” objetiva manifestada na palavra.

A linguagem, expressando o próprio ser em sua essência histórica, apenas possui o sentido que é construído pelo sujeito no processo em que é mediado o passado e o presente. Por isto, cada interpretação é nova, uma construção, inexistindo a

⁴⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. op. cit., 1999, p. 231.

possibilidade de “fidelidade” a um texto legal. O conteúdo (sentido) é revelado a partir dos questionamentos colocados (expectativas) aos pré-condicionantes, vislumbrando novas possibilidades compreensivas.

A essência de tal modelo de hermenêutica jurídica é a crítica e a construção, pois um sentido resulta da permanente dialética que coloca por terra qualquer possibilidade de reprodução lingüística, tal qual proposta pelas tradicionais correntes idealistas. Assim, torna-se sem propósito insistir na discussão acerca da dicotomia hermenêutica *versus* crítica, já que o fenômeno hermenêutico é por si mesmo crítico e dialético. O questionamento é dirigido à tradição formal-positivista cujo esforço foi de transformar a compreensão do Direito isenta de qualquer caráter valorativo, distinguindo rigorosamente juízo de fato de juízo de valor, excluindo este último do campo “científico” do Direito. Com esta exclusão, acreditam as tradicionais correntes, ser possível o estabelecimento de um conhecimento puramente objetivo da realidade.

A limitação imposta à hermenêutica jurídica conduziu a construção idealista a excluir do campo do Direito qualquer preocupação filosófica, e por via de consequência, sua esfera ontológica. A univocidade da linguagem jurídica passou, então, a ser o postulado mais defendido e legítimo para as correntes tradicionais, tratando a questão hermenêutica como processo meramente lógico-racional de revelação do sentido normativo existente em si mesmo. A lógica formalista que concebe o Direito como um sistema completo, auto-suficiente e hermético apenas admite a hermenêutica como operação mental silogística, portanto, completamente inserida na filosofia da consciência.

O novo horizonte que se apresenta ao jurista, com a perspectiva de superação e esgotamento do modelo político e ideológico liberal-individualista por suas contradições, é no sentido de reconceituação do sistema jurídico como rede hierarquizada de princípios, normas e valores cuja função é a de garantir e efetivar uma nova ordem social e política. Se o Direito existe para realizar-se, tal qual pretendia Ihering, sua realização – existência enquanto ser – depende do reconhecimento de sua inserção na vida social, histórica e politicamente construída. O processo de compreensão do Direito não é em absoluto um trabalho mentalmente silogístico, mas de reconhecimento e incorporação de conflitos

permanentemente emergentes.

O sentido da hermenêutica no Direito representa a aberta possibilidade de se lançar para além do passado e presente, vislumbrando o “vir a ser” e de sentido do Direito liberto das finitudes da compreensão prévia e dos preconceitos. A tarefa do jurista pela via hermenêutica é a de clarificar os condicionantes compreensivos e participar conscientemente do lúdico processo de existência dos entes jurídicos – texto, norma, fato, jurista e Direito – que se manifestam lingüisticamente. Se na linguagem o ser se oculta (mora, no dizer de Heidegger), seria ingênuo e alienante pensar que é possível “interpretá-la” objetivamente. O acesso ao ser é linguagem, chave compreensiva que abre as portas para sua essencialidade e ação.

3.3. A Hermenêutica Jurídica como Compreensão Crítica do Direito

Tomada a palavra “crítica” no sentido de possibilidade de lançar um olhar questionador e não subordinado sobre um paradigma dominante, como sugere Foucault⁴⁷⁶, implicando numa atitude (movimento) “[...] *através do qual o sujeito reconhece ter o direito de interrogar a verdade nos seus efeitos de poder e o poder nos seus discursos de verdade*[...]”⁴⁷⁷, a hermenêutica gadameriana possui como essência e pressuposto a crítica. Gadamer vê a hermenêutica como auto-compreensão reveladora da dimensão histórica do sujeito, que pressupõe um permanente movimento de liberdade e de mudança da história, tendo como início e fundamento, a análise da consciência histórica. A tentativa de uma hermenêutica histórica é vislumbrada como possibilidade de revisão que conduz a uma compreensão adequada da finitude que domina o ser-homem permitindo a superação dos preconceitos e limites de sua existencialidade. A lente da subjetividade, afirma Gadamer, “[...] *é um espelho deformante. A auto-reflexão do indivíduo não é mais que uma centelha na corrente cerrada da vida histórica. Por isso os preconceitos de um indivíduo são, muito mais*

⁴⁷⁶ FOUCAULT, Michel. **Iluminismo e Crítica**. In: Debate na Societé Française de Philosophie, maio de 1978. Tradução de Selvino José Assmann.

⁴⁷⁷ FOUCAULT, Michel. op. cit., 1978, p. 3.

que seus juízos, a realidade histórica de seu ser”.⁴⁷⁸

A tradição, anônima autoridade que fundamenta e torna válida a razão, é permanentemente interpelada na experiência que constrói o novo. Isto não significa que a compreensão é regida sob a lei do progresso e dos resultados assegurados⁴⁷⁹, mas é um “posicionar-se” que inclui o questionamento acerca “de um conhecer que se propõe a agir”. É este o ponto de partida de *Verdade e Método*. Na introdução, Gadamer claramente afirma que pretende refletir acerca dos conceitos herdados pela tradição, que devem ser revistos a partir de questionamentos, capazes de criar compromissos com o mundo circundante, superando a ingênua crença da utilidade instrumental dos conceitos dominantes.

“[...] para a ciência, suas relações para com tais conceitos tornaram-se um estranho descomprometimento, quer suas relações com estes conceitos sejam da espécie de uma concepção erudita, para não dizer arcaizante, ou da espécie de uma manipulação técnica, que faz dos conceitos algo como ferramentas. Ambos não conseguem, na verdade, satisfazer à experiência hermenêutica. A conceptualidade em que se desdobra o filosofar, antes, já sempre nos tomou da mesma forma pela qual a linguagem em que vivemos nos convoca. Assim, dessa conscienciosidade do pensamento, faz parte o ato de se conscientizar desse preconceito. É uma consciência nova e crítica, que desde então vem acompanhando todo o filosofar responsável e que os costumes lingüísticos e de pensamento, que se formam para o indivíduo, na comunicação com o seu mundo circundante, colocam diante do fórum da tradição histórica, da qual todos nós fazemos parte.”⁴⁸⁰

O elemento hermenêutico que Gadamer explicitamente considera como fundamento para uma revisão crítica da hermenêutica tradicional, e o que é também essencial para uma revisão da hermenêutica jurídica, é o que denomina de consciência histórica, tratando tal conceito, à luz da análise da pré-estrutura da compreensão descoberta por Heidegger.

Para Gadamer, a compreensão, situação de procedimento

⁴⁷⁸ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 415-416.

⁴⁷⁹ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 427.

⁴⁸⁰ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1999, p. 36.

interpretativo, é uma constante na existência humana, tendo na consciência histórica o elemento mediador (relacional) que permite ao sujeito operar de maneira simultânea no espaço temporal. Portanto, a compreensão é uma situação de confronto paradigmática (resistências a serem superadas) de permanente interrogação através da qual o sentido é revelado (mediação que opera entre o passado, presente e futuro). Assim, a compreensão é o resultado de uma permanente interrogação crítica (abertura de possibilidades e de revelação), e, necessariamente consciente da pré-estrutura compreensiva (elemento condicionador-condicionado da compreensão).

Como chama a atenção Palmer⁴⁸¹, antes de Heidegger e Gadamer, a crítica fenomenológica de Husserl, já redefiniu o conceito de objetivismo, demonstrando que “[...] todos os seres dados no nosso mundo se colocam no interior do horizonte intencional da consciência, no interior do «mundo da vida».”⁴⁸² Husserl já havia colocado abaixo a idéia de existência de um horizonte objetivamente válido e anônimo ao evidenciar, a partir da fenomenologia, que o horizonte não é individual, mas intencional e partilhado por outros que também o experimentam, a isto denominando o «mundo da vida» (*Lebenswelt*). É este o ponto de partida para Heidegger, seguido posteriormente por Gadamer, para lançar a crítica à consciência histórica, cuja base é a intencionalidade da consciência a qual pode ser interpretada historicamente, chegando ao conceito de facticidade da existência como último ponto de referência.

*“O mundo da vida de cada um desaparece com as tentativas de o captarmos por meio de qualquer método, e geralmente tropeçamos acidentalmente na sua natureza, especialmente devido a qualquer tipo de negatividade ou de ruptura. O caminho da objectividade e dos métodos não revelam a cada um o seu mundo vital. E no entanto, é através desse mundo vital que formulamos juízos e que tomamos decisões; mesmo o «mundo objectivo» é uma estrutura no interior de um mundo vital experimentalmente dado.”*⁴⁸³

O método fenomenológico (hermenêutica da facticidade), descrito por

⁴⁸¹ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 182-183.

⁴⁸² PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 182.

⁴⁸³ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 183.

Heidegger e retomado por Gadamer, é o caminho capaz de revelar o mundo da vida, tendo como base não o modo “[...] *como o mundo pertence a um sujeito humano mas sim no modo como um sujeito humano pertence ao mundo*”.⁴⁸⁴ Através do método da compreensão, o sujeito pertence ao mundo. É este exatamente o processo essencial que permite a existência do ser. Esta concepção confere o caráter ontológico da interpretação (descreve o processo do ser), “lançando” o projeto existencial e temporal do sujeito. Por outras palavras, a existência é este “projetar-se” no tempo e no mundo, revelando as possibilidades para o ainda “não realizado” (futuro).

A consciência histórica é a possibilidade de tomar-se um horizonte compreensivo presente que se move para o passado e futuro. Assim, não há como se considerar a interpretação, em qualquer campo do conhecimento humano, independente das circunstancialidades históricas presentes que permitem a compreensão do passado e se projetam para o futuro, já que é neste campo essencialmente hermenêutico, que se opera o fenômeno compreensivo. A temporalidade é, portanto, algo intrínseco à compreensão que carrega junto consigo a própria existência do ser, revelando seus juízos prévios – realidade histórica do próprio ser – definindo a estrutura prévia e historicamente acumulada pelo sujeito que opera na significação.

Incorporando o sentido de crítica hermenêutica gadameriana ao campo jurídico, o ponto de partida é a desocultação do horizonte herdado pela tradição positivista como pré-estrutura compreensiva reducionista, que, toma o Direito exclusivamente como enunciados normativos, desprezando o papel condicionante das forças históricas implícitas nos textos legais, perpetuadas e cristalizadas através da prática jurídica. Fruto do cientificismo moderno, a hermenêutica jurídica tornou-se o instrumental técnico de manutenção do legalismo e formalismo atrelado aos interesses do Estado, que com o trágico contexto político dos sistemas totalitaristas desde século e as verdadeiras catástrofes humanas deles decorrentes, conduziram os juristas a repensar o caráter e a finalidade do Direito.

O questionamento às incógnitas vozes da tradição jurídica moderna, manifestadas como inquietantes reações, aprofundaram a descrença nos modelos fundados no

⁴⁸⁴ PALMER, Richard E. op. cit., s/d. p. 183.

racionalismo liberal na medida em que passaram a não oferecer mais resistência e sustentação ao crescente interrogar gerado pelos crescentes conflitos sociais, delineando-se, assim, um novo paradigma de racionalidade. Consequência da inseparável e dialética relação entre tradição e razão, que nos fala Gadamer.

Este estado de inquietação levou algumas vertentes do pensamento jurídico contemporâneo a identificar a existência de uma “crise”⁴⁸⁵ do Direito, tomando consciência de que os tradicionais paradigmas da dogmática jurídica - incluindo a tradicional hermenêutica jurídica como instrumental operacional - não conseguem mais dar conta das demandas originárias de uma sociedade crescentemente complexa e conflituosa. Assim, passou a ser voz corrente numa certa vertente jurídica, notadamente as denominadas vertentes críticas, que o tradicional paradigma liberal-individualista do Direito esgotou-se, impondo-se a tarefa de repensar as práticas dos juristas, e fundamentalmente, a própria hermenêutica jurídica. É neste sentido que aponta a seguinte consideração de Wolkmer:

*“A moderna cultura liberal-burguesa e a expansão material do capitalismo produziram uma forma específica de racionalização do mundo. Esta racionalização, enquanto princípio organizativo, define-se como racionalidade instrumental positiva que não liberta, mas reprime, aliena e coisifica o homem. A lógica linear moderna estrutura do saber jurídico desdobra-se em dois paradigmas hegemônicos: o racionalismo metafísico-natural (o Jusnaturalismo) e o racionalismo instrumental (o positivismo jurídico). O esgotamento e a crise do atual paradigma da ciência jurídica tradicional (quer em sua vertente idealista-metafísica, que em sua vertente formal-positivista) descortinam, lenta e progressivamente, o horizonte para a mudança e a reconstrução de paradigmas, modelados por contradiscursos crítico-desmistificadores.”*⁴⁸⁶

⁴⁸⁵ A “crise” que aqui se refere é no sentido do “esgotamento” do modelo liberal-individualista-normativista de Direito que não mais consegue atender as crescentes demandas de uma sociedade em que se acentuam as contradições e os conflitos, aumentando o fosso entre a sociedade e o Direito. Segundo **Streck** este distanciamento entre a sociedade e o Direito “[...] retrata a incapacidade histórica da dogmática jurídica (discurso oficial do Direito) em lidar com a realidade social.[...] Esse hiato e a crise de paradigma do modelo liberal-individualista-normativista retratam a incapacidade histórica da dogmática jurídica em lidar com os problemas decorrentes de uma sociedade dispar como a nossa. Na verdade, tais problemas são deslocados no e pelo discurso dogmático, estabelecendo-se uma espécie de transparência discursiva.” In: **STRECK**, Lenio Luiz. op. cit., 1999, p. 15.

⁴⁸⁶ **WOLKMER**, Antônio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1991, p. 36

O modelo técnico-instrumental gerado pela razão moderna dominante, encurralado pelas contradições geradas na sociedade capitalista, esvaziou por completo a concepção burguesa-individualista de Direito, obrigando a um repensar os fundamentos ético-políticos da lógica sistêmica incorporada pela dogmática e as crenças metafísicas de origem Iluminista. As correntes críticas do Direito⁴⁸⁷ que buscam uma superação do idealismo jurídico, não surgem de maneira autônoma no interior do pensamento jurídico.

Considerando o Direito como instância social inter-relacionada com as demais, as divergências e tentativas de reorientação ou mesmo de rompimentos refletem os conflitos de classes ou grupos que buscam através da institucionalização do controle um direcionamento a interesses socialmente antagônicos. Se, de um lado, os interesses dominantes operacionalmente criam instrumentos de neutralização, repressão e exclusão das tensões, buscando manter os conflitos em estado de latência, através de uma ordem jurídica que revisa conceitos, princípios e valores como que buscando uma harmonização, de outro, as contradições geradas por esta mesma ordem, não conseguem dar conta das rupturas com os padrões de unidade e hierarquia, perdendo, assim, sua própria operacionalidade.

“O exemplo mais significativo desse processo de progressivo desajuste estrutural das instituições jurídicas é a gradual perda de funcionalidade da própria idéia de Estado de Direito – um dos aspectos angulares da concepção de legitimidade forjada pelo liberalismo jurídico. Dada a enorme abstração conceitual exigida pela crescente complexidade socioeconômica, inerente ao capitalismo monopolista, que estimulou o Executivo a substituir a racionalidade formal pela racionalidade material em seus processos decisórios, aquela idéia deixou de servir de critério para o exame da atuação concreta do Estado intervencionista. Perdendo a força retórica de universalizar o contingente e neutralizar as valorações dos grupos e classes em conflito, sua conceituação formal passou a deixar em aberto inúmeros problemas que apenas aumentaram o arbítrio da burocracia estatal sem que a dogmática fornecesse os parâmetros de controle.”⁴⁸⁸

⁴⁸⁷ A respeito das correntes críticas do Direito quanto aos principais eixos metodológicos presentes no pensamento ocidental são relevantes as considerações feitas por Antônio Carlos Wolkmer na obra supra citada (p. 57-96) onde é feita uma análise descritiva das diferentes concepções críticas do Direito que influenciaram o pensamento jurídico contemporâneo.

⁴⁸⁸ FARIA, José Eduardo. A Noção de Paradigma na Ciência do Direito: notas para uma crítica ao idealismo jurídico. In: **A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança**. FARIA, José Eduardo (org.). Coleção Roberto Lyra Filho, nº 1, Brasília: Editora da UNB, 1988, p. 15.

O idealismo, sob o dogma da neutralidade, legitimou “cientificamente” as relações de dominação impostas pela ordem capitalista através do artificialismo do racionalismo moderno. “Ao projetar um conhecimento pretensamente objetivo, recusando questões metodológicas que articulam os planos da explicação e da realidade, ele também transforma a imparcialidade em instrumento para a socialização dos valores dominantes tutelados pela ordem jurídica.”⁴⁸⁹ As falácias do objetivismo idealista – comum ao jusnaturalismo racionalista e positivismo normativista – não mais se sustentam quando evidenciada sua função ideológica: a crença no legalismo e formalismo jurídico e seus pressupostos hermenêuticos (instrumentos técnicos-metodológicos “científicos”) que servem antes de tudo para legitimar a institucionalização de uma ordem dominante perversa e excludente.

Entretanto, se a hermenêutica jurídica cunho idealista criou a ilusão da neutralidade científica e política do intérprete e aplicador do Direito, “[...] apresentando como descrição o que na verdade é prescrição [...]”⁴⁹⁰, sua própria ineficiência impôs a necessidade de revisão dos conceitos e categorias até então dominantes. As pré-estruturas compreensivas do Direito – categorias herdadas pela tradição –, são questionadas por um novo horizonte compreensivo no qual o Direito é visto como campo de conhecimento construído histórica e socialmente a partir dos conflitos, avanços, recuos e rompimentos, que se articula com o conjunto das estruturas sociais capaz de criticar a si mesmo, no sentido de uma auto-consciência de sua historicidade.

Reconhecer o papel determinante da tradição do pensamento jurídico como preconceito – no sentido gadameriano – é o passo determinante para a auto-crítica, já que a auto-compreensão resulta de tal consciência adquirida, aprendendo com isto “[...] os entrelaçamentos particulares do ser e do conhecimento; determinação através do devir próprio do indivíduo”.⁴⁹¹ Refletindo acerca da prática dos juristas e questionando seus pré-condicionamentos, vislumbra-se a possibilidade de superar as mistificações científicas da sociedade moderna, pois o confronto exigido por um ato hermenêutico questionador é sempre

⁴⁸⁹ FARIA, José Eduardo. op. cit., 1988, p. 17.

⁴⁹⁰ FARIA, José Eduardo. op. cit., 1988, p. 16.

⁴⁹¹ GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1998, p. 13.

e necessariamente uma crítica que a tradição impõe.

Recuperar a filosofia da prática aristotélica, segundo Gadamer, é “[..]o único modelo metodológico concebível da compreensão que as ciências humanas possuem delas mesmas, se se quer libertá-las da espúria restrição de perspectiva imposta pelo modelo das ciências da natureza.”⁴⁹² Trata-se do caminho capaz de conferir justificativa científica à prática dos juristas como fruto de uma razão prática ligada tradicionalmente ao longo da história social.

É analisando e reconhecendo a ação do jurista como ação ética e política que se pode determinar um dever agir não fundado no saber técnico (*Techné*), mas um saber agir conhecendo a si próprio e à realidade circundante, clarificando os fenômenos da consciência ética diante de um caso concreto (*Phronesis*). Este tipo de conhecimento não é objetivo, no sentido epistemológico clássico, mas um “pertencimento” entre a tradição e o sentido que se deve interpretar. Não é, portanto, um conhecimento simplesmente separado que é colocado frente ao sujeito para ser aprendido, mas o sujeito encontra-se nele envolvido – o sujeito sabe o que tem a fazer – não um “fazer para si”, mas um “fazer para o outro”, o que implica numa conduta ética movida pelas condições reais de uma situação concreta presente. Toma-se o homem como ser atuante, que não meramente constata algo fora de si (o sentido imanente da norma, o sentido conferido pelo ordenamento jurídico,...) mas o que compreende a partir de suas experiências concretas e das circunstâncias do momento em que se impõe uma decisão.

Um dos núcleos centrais da proposta gadameriana é a crítica ao axioma da tradição idealista que separa ciência e ética. Conferir ênfase à tradição (o elemento presente em toda compreensão) não implica em aceitá-la acriticamente ou sob a ótica de um conservadorismo social e político, pois isto constitui num grave e sério contra-senso. A separação entre ciência e ética, segundo o pensamento aristotélico incorporado por Gadamer, conduz ao desvirtuamento da *Phronesis* que faz surgir o *Deinos* (o temível, o que não sabe distinguir o bem e o mal). A modernidade assistiu o efeito desta separação desastrosa que transformou o conhecimento num instrumental de dominação da ordem capitalista, reduzindo,

⁴⁹² GADAMER, Hans-Georg. op. cit., 1998, p. 13.

no caso específico do Direito, o saber jurídico a um conhecimento racional limitado à manipulação de “corretas regras” metodológicas e da lógica formal para a compreensão, excluindo a prática social do âmbito científico, crendo ser impossível estabelecer objetivamente critérios para a determinação de valores.

Neste contexto, as contribuições das correntes críticas do Direito permitiram emergir a proposta de um novo modelo de racionalidade, considerando a necessidade de incluir a historicidade humana como meio emancipatório. A crítica essencial que as diversas correntes do pensamento contemporâneo comprometidas com a busca de uma nova racionalidade emancipatória, é dirigida contra a concepção ingênua de teoria do conhecimento que ignora a realidade externa do homem como algo anterior e condicionante a todo processo compreensivo. “[...] a concepção de um ente cognoscente cível em si mesmo é uma impossibilidade lógica, uma vez que, de acordo com essa visão, a possibilidade do conhecimento fundamenta-se unicamente na aplicação, por parte do sujeito cognoscente, de certas categorias dos objetos conhecidos – como o tempo e espaço – com o fim de estabelecer a organização do ato cognoscitivo, o que é em suma outra incoerência.”⁴⁹³

Pela crítica à consciência histórica do Direito é desocultada a maneira pela qual a razão iluminista burguesa, inicialmente uma utopia revolucionária emancipatória no sentido de conceber o Direito moderno como sistema de garantia contra o arbítrio ilimitado do poder, num segundo momento, adquire e privilegia o caráter instrumental da ordem jurídica. A razão como emancipação humana, tal qual defendida por Kant, foi paulatinamente perdendo seu caráter libertário, ofuscando o sonho idealizado de eliminar o sofrimento humano através da tecnologia e da ciência.

O capitalismo monopolista, aliado ao desenvolvimento técnico, alastrando-se para além das fronteiras europeias, carregando consigo o modelo de Direito idealizado por esta ordem, transforma o conhecimento num instrumento de dominação e de manutenção de uma ordem exploradora, excludente e perversa. “O cientista tem que ser positivista, objetivo, superar as dimensões arcaicas das mitologias e da metafísica, fazer do

⁴⁹³ COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p.95-96.

ritual preciso da matemática seu instrumento necessário. A Razão deve superar seu invólucro de especulações e se transformar em instrumento operacional, uma ferramenta a serviço do progresso."⁴⁹⁴ Isto significa que o conhecimento se torna, segundo o princípio da "conveniência e utilidade" – bem característico do liberalismo burguês –, um "proceder de maneira eficaz", uma instrumentalização de domínio da natureza e dos homens, eliminando-se qualquer conhecimento reflexivo, já que conhecer torna-se o mero reconhecer.

Assim, as correntes críticas contribuíram significativamente teórica e politicamente para evidenciar os mecanismos de reprodução do capitalismo, possibilitando, a partir daí, nos diferentes ramos do conhecimento, a construção de projetos sociais emancipatórios, de reconciliação do homem com sua história. Entretanto, apesar das considerações que podem ser feitas ao pensamento crítico⁴⁹⁵ e da permanente preocupação em questioná-lo "[...] para não se incorrer em absolutização e dogmatismos"⁴⁹⁶, alguns setores do pensamento jurídico não ficam indiferentes às provocações levantadas, o que conduz a reflexão acerca dos fundamentos e pressupostos do Direito, desmarcando-se o caráter instrumental da ciência jurídica. Não há como negar o papel ou a existência de uma corrente crítica no Direito. Neste sentido, afirma Wolkmer:

*"Tais preocupações, que refletem a superação da racionalidade idealista e o dismantelamento do formalismo lógico-positivista, descortinam o espaço crescente para os horizontes de um discurso teórico e de uma prática crítica no Direito. Ainda que inexista uma formulação teórico-orgânica, uniforme e acabada, e persista uma controvérsia entre os jusfilósofos sobre a existência ou não de uma teoria crítica do Direito, não se pode desconhecer e negar a existência de um pensamento crítico, representado por diversas correntes e tendências, que buscam questionar, repensar e superar o modelo jurídico tradicional (idealismo/positivismo)."*⁴⁹⁷

⁴⁹⁴ PUCCI, Bruno (org.). **Teoria Crítica e Educação** – a questão da formação cultural na Escola de Frankfurt. Petrópolis: Vozes, 1995, p. 24.

⁴⁹⁵ Sobretudo é importante considerar a análise crítica feita por STEIN, Êrnildo na obra **Crítica da Ideologia e Racionalidade**. Porto Alegre: Movimento, 1986; e também de Bruno Pucci na obra supra citada.

⁴⁹⁶ WOLKMER, Antônio Carlos. op. cit., 1991, p. 41.

⁴⁹⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. op. cit., 1991, p. 46.

As concepções críticas incorporadas ao Direito vão esboçando um novo horizonte através do qual é possível vislumbrar a finalidade emancipatória da prática jurídica, permitindo libertá-la da hermética lógica sistêmica para fazer ingressar na consciência jurídica o caráter histórico da ação e das relações humanas. Afirma Michel Mialle que tomar o termo “crítica” em todo seu sentido significa “[...] o da possibilidade de fazer aparecer o invisível.”⁴⁹⁸

O invisível na hermenêutica jurídica tradicional é a inversão provocada pelo idealismo que toma as regras interpretativas a partir de si mesmas, desconsiderando de maneira absoluta a relação vital entre o sujeito interpretante e o objeto interpretado, tornando-o mero personagem de uma representação social idealizada que se auto alimenta pelas abstrações produzidas, desvinculando-se do mundo circundante. A verdade é isenta do real e da história. A hermenêutica jurídica transforma-se num discurso fetichizado através do qual torna-se hegemônica a abstração do Direito (identificado apenas no Direito Positivo) das forças sociais e políticas que o geram.

*“Assim, apesar de algumas tentativas para situar as questões de direito historicamente, raramente os juristas falam uma linguagem histórica. A quase indiferença em relação a esta perspectiva encontra uma expressão pedagógica bem eloqüente: num trabalho de direito, a história – diz-se «o histórico da questão» - é sempre relegada para a introdução, neste no man’s land que precede o tema. No fundo, a história não interessa realmente ao jurista, porque uma óptica idealista-universalista é precisamente oposta a uma tal reflexão. Este desconhecimento da história é um obstáculo real, [...], pois só uma apreciação das instituições jurídicas em relação com uma teoria da história nos poderia dar as chaves de um conhecimento real. Mas, aí está, é preciso uma teoria da história.”*⁴⁹⁹

Uma hermenêutica jurídica alienante, para qual a proposta gadameriana representa uma oposição, contribuiu para a formação de proposições que consolidaram um discurso aparentemente coerente, objetivo e técnico, capaz de conduzir a idéia de realidade e verdade, projetando no imaginário jurídico e social a crença na harmonia

⁴⁹⁸ MIAILLE, Michel. op. cit., 1989, p. 21.

⁴⁹⁹ MIAILLE, Michel. op. cit., 1989, p. 55.

e pacificação, um “senso comum” decisivo para a reprodução da ordem social e política estabelecida, que condiciona a prática do jurista.

O intérprete do Direito, ao tomar a compreensão como processo consciente de mediação temporal crítico, reexaminando a relação entre o saber acerca dos preceitos normativos, como resultado da tradição, desmistifica o caráter unitário e verdadeiro do sentido, rompendo o caráter operacional dominador do discurso jurídico, na medida em que gera um contra-discurso que opera com a pluralidade que reconhece o conflito e o não consensual.

A hermenêutica jurídica de matriz filosófica representa uma reação contra a tendência racionalizadora moderna que se estendeu do iluminismo até a cientificação positivista das ciências sociais, cujos valores centrais são, dentre outros: a generalização, a abstração, a funcionalidade e a planificação. A valorização da pluralidade, a oposição ao absolutismo da verdade e da lúdica experiência do sujeito com a tradição, são elementos para se delinear um novo paradigma de compreensão do Direito, estabelecendo novo horizonte que permite a desmistificação e superação do imaginário legado do século XIX.

Uma das possibilidades críticas do Direito, pela via da hermenêutica jurídica incorporando elementos da hermenêutica filosófica, busca romper definitivamente com o paradigma da filosofia da consciência, para reconhecer afinal que a compreensão opera subjetivamente a partir de uma relação vital com o mundo circundante. Compreender um preceito normativo é, lembrando novamente, um constante diálogo com a realidade na qual o Direito e seu operador se inserem.

Sem dúvida, esta é uma tarefa que não se faz sem a análise crítica das práticas jurídicas construídas historicamente. A construção de um novo referencial compreensivo do Direito passa necessariamente pelo questionamento da historicidade jurídica “[...] estruturada na tradição teórico-empírica construída pela força da autoridade, da continuidade, da acumulação, da previsibilidade e do formalismo.”⁵⁰⁰ A desmistificação técnico-instrumentalizadora da hermenêutica jurídica implica em aceitar o caráter político e

⁵⁰⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 1.

ideológico do discurso normativo e superar o aspecto elitista, erudito, dominador e formalista da compreensão do Direito.

A abertura para a possibilidade da reflexão filosófica no campo jurídico reorienta o discurso jurídico no sentido de sua inserção num horizonte compreensivo crítico, evidenciando a gênese do processo de produção do conhecimento jurídico. Deste modo, é redimensionada a hermenêutica jurídica. Não se trata mais da tarefa de buscar “o verdadeiro e correto sentido das palavras da lei” a ser aplicado num dado caso concreto, mas de “[...] *produção de um sentido originado de um processo de compreensão, onde o sujeito, a partir de uma situação hermenêutica, faz uma fusão de horizontes a partir de sua historicidade.*”⁵⁰¹ Com isto, a hermenêutica jurídica passa a ser o campo reflexivo do Direito e de sua prática social, a revisão do sentido existencial do Direito a partir de sua historicidade.

A partir desta nova concepção de hermenêutica jurídica, há o reconhecimento da indissociável aproximação entre os instrumentais teóricos e a prática social do Direito, enquanto *práxis*. Tomando *práxis* no sentido de caracterizar uma ação humana consciente e transformadora que busca superar os entraves sociais e políticos de um dado momento histórico, a função do conhecimento é o de orientar e instrumentalizar tal ação. Se, como afirma Castoriadis⁵⁰², a *práxis* implica num recíproco condicionamento entre o saber e o fazer, a finalidade do saber é servir de apoio ao fazer. O saber, em tal concepção, é marcado pelo constante dinamismo, conferindo-lhe um caráter essencialmente provisório e fragmentário, já que entre a *práxis* e o saber há uma lúdica relação.

A partir da hermenêutica gadameriana, o sentido da existência do ser é revelada com a consciência de sua auto-existência, com a descoberta de seu poder de ser, e, por via de consequência, com seu poder de transformação. Assim o ser interpreta, compreende com base na tradição e se lança no mundo circundante. Trata-se de um processo de não submissão, essencialmente participativo em que o sujeito toma em suas mãos conscientemente a construção do novo.

⁵⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. op. cit., 1999, p. 17.

⁵⁰² CASTORIADIS, Cornelius. **A Instituição Imaginária da Sociedade**. Tradução de Guy Reynand, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982, p. 95.

No campo jurídico a hermenêutica é a condição de possibilidade de superar os pré-condicionantes herdados pela tradição capaz de oferecer respostas aos questionamentos colocados frente a um ato decisório. A escolha de um sentido, dentre os possíveis a um preceito legal, ocorre na relação dialética entre a tradição e as contingências de um momento, pois não é a tradição que impõe o sentido, mas o sujeito e sua historicidade.

A autenticidade da interpretação de um preceito normativo resulta na superação do sentido herdado pela tradição, que, no imaginário jurídico, firma-se como senso comum, e apresenta as condições de possibilidade de existência do Direito, em íntima relação com o mundo circundante. O legado dogmático predominante, a partir do qual o jurista vê o Direito de maneira objetiva, constitui uma trama significativa a ser superada na ação.

*“A pré-compreensão do jurista inserido no sentido comum teórico é condição de possibilidade deste (jurista) ser-no-mundo. Fundando este horizonte – que lhe dá o seu sentido de ser-no-mundo – com o horizonte de um horizonte crítico (ter horizonte, diz Gadamer, significa não estar limitado ao que está mais próximo de nós, mas sim, poder ver além), o jurista conformará uma nova compreensão, com o que não (re)produzirá o sentido inautêntico, e sim, um novo sentido que possibilitará a aplicação/concreção do texto jurídico de acordo com os objetivos e cânones do Estado Democrático de Direito, que funciona como a nova linguagem (condição de possibilidade) a qual, ao se fundir com o (velho) horizonte oriundo da tradição (senso comum teórico), proporciona o desvelar do ser do (daquele) ente (o texto jurídico e sua inserção no mundo).”*⁵⁰³

A construção de um discurso crítico emancipatório é sempre a superação dos pré-condicionantes (pré-conceitos) em permanente confronto com o horizonte estabelecido pelo jurista, resultando na redefinição do próprio discurso. Muda-se com isto, a tradicional afirmação: ao invés de “o que é o Direito” para “qual pode ser o Direito”. A hermenêutica jurídica, como novo referencial teórico, vem a resgatar a função social do Direito por reconhecer que o jurista não apenas compreende a “letra da lei” quando mergulhado na historicidade que o conduz ao presente, mas se situa no “desde já” rumo ao que “deverá vir a ser”. Trata-se de um processo onde a desconstrução do referencial conceitual visa a construção e viabilização de uma sociedade efetiva e legitimamente justa.

⁵⁰³ STRECK, Lenio Luiz. op. cit., 1999, p. 246.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conversar com Gadamer com os olhos voltados para o Direito buscando repensar a hermenêutica jurídica é uma simultânea sensação de finitude e de movimento. O filósofo de Heidelberg em *Verdade e Método*, a partir da ontologia de Heidegger, se propõe a retomar o diálogo com as “ciências do espírito” reivindicando, através da hermenêutica, uma revisão do papel destas ciências que, a partir da chamada consciência moderna, caminharam de maneira alienada para muito além do que caracteriza sua natureza. Para Gadamer, a metodologia destas ciências tem como uma de suas bases a experiência hermenêutica que opera em três esferas: estética, histórica e lingüística.

Tomar o problema hermenêutico como universal é algo muito além do original e do global. Gadamer aponta para diferentes referenciais de universalidade da questão hermenêutica: a da dimensão lingüística da compreensão, a da cosmovisão universal do ser humano – condição existencial – e, da hermenêutica como questionamento universal. Uma leitura atenta permite identificar o sentido de universalidade que Gadamer confere à hermenêutica: todo um mundo que circunda e precede ao sujeito lhe confere sentido existencial que pode nele ser revelado. É sob este aspecto que se vislumbra uma possibilidade de discutir a hermenêutica jurídica como fenômeno da compreensão do Direito.

As provocações de Gadamer conduzem a repensar no âmbito jurídico o paradigma dominante hermenêutico de matriz objetiva e idealista, sobretudo, chamando a atenção para o caráter criativo da compreensão do Direito que se insere numa necessária crítica à consciência histórica. Com isto, é atingida a hermenêutica jurídica tradicional em uma de suas principais bases de sustentação: a compreensão como saber técnico-normativo. A discussão é então, deslocada para um novo campo: os elementos que precedem e condicionam a compreensão jurídica quando se tem em vista a decisão. Tal tarefa implica no reconhecimento de outro tipo de saber que deve ser considerado e aliado ao saber técnico operativo herdado pela tradição que construiu a dogmática jurídica: um saber fundado na

dimensão ético-política da natureza do Direito. Por outras palavras, há um campo hermenêutico prévio para além da verdade e do método.

De outro lado, se o campo jurídico é aquele em que melhor se pode refletir a hermenêutica, já que não possui função meramente contemplativa, mas, destina-se a realização de um fim, é igualmente nele que se evidencia a possibilidade de existência de uma “falsa consciência” (individual para a psicanálise e social dominadora para a crítica à ideologia) que como “mão invisível” opera na produção de diferentes formas de dominação.

Esta é uma questão, dentre inúmeras outras, que requerer uma nova conversa com Gadamer, até porque, ao que parece, sua preocupação não é a de opor a verdade ao método, mas há que se considerar que a racionalidade instrumental chegou à verdade por força do método. As reflexões no campo da hermenêutica jurídica que apontam para outras correntes do pensamento crítico contemporâneo, sobretudo representado pela Escola de Frankfurt, podem ser contrapostas às concepções de Gadamer. Mas, o fato de não ter sido realizado tal estudo no âmbito do presente trabalho, não significa que não deve ser feito. Ao contrário, é uma rica e fértil discussão que merece ser oportunamente tratada.

Não se trata, portanto, de colocar um ponto final no problema hermenêutico jurídico aceitando de maneira inquestionável a crítica que Gadamer dirige contra a pretensão da modernidade da exclusividade do método. Tomar como incondicional o pensamento gadameriano constitui escandalosa afronta e contradição para a própria hermenêutica filosófica. Mas há que se reconhecer que Gadamer aponta para novos referenciais teóricos para a questão hermenêutica, sobretudo, como ponto de partida para problematizar e refletir acerca da hermenêutica jurídica numa nova dimensão.

A crise do Direito é um indicativo da necessidade de construção de um novo referencial que alie o conhecimento com uma prática comprometida com a superação dos entraves sociais gerados em nome da neutralidade e objetividade. A revisão da hermenêutica jurídica pela via da crítica à consciência histórica, permite ao jurista saber posicionar-se a partir de um horizonte interrogativo. A nova postura hermenêutica ontológica se distancia da postura de matriz positivista. Uma hermenêutica jurídica que se funde no ser

do operador jurídico, reconhece os condicionamentos que legitimam sua compreensão do Direito para além do atomizado sentido normativo.

Se a tradição reduziu a hermenêutica jurídica a uma atividade de conhecimento formal dos enunciados normativos, restou em aberto e excluída a discussão da compreensão do Direito a partir da operacionalidade da história no sujeito e no texto normativo. O novo campo hermenêutico permite tomar a compreensão como ato de criação do Direito e não como reprodução, soando como absurda a idéia de ser a hermenêutica uma hermética ciência dogmática.

Se a cientifização moderna do Direito idealizou a matriz positivista para fundamentar a hermenêutica jurídica, na mesma medida as contradições por ela geradas reivindicam uma estratégia que a supere. A hermenêutica, sob a ótica filosófica gadameriana, reclama uma retomada com a tradição humanística, reconhecendo sua singular natureza. A aproximação com um saber filosófico e com a universalidade, no sentido de reconhecimento da mundanidade da compreensão, liberta e transcende o discurso jurídico para além do dogmatismo empírico.

Este é o sentido da hermenêutica jurídica crítica que se pode legar de Gadamer, que constitui numa contribuição para um giro emancipatório no pensamento jurídico contemporâneo. Assumir-se como criador do Direito é uma tarefa que faz com que o jurista encontre resistências. É um tipo de saber que pressupõe criar compromissos éticos e políticos frente a tradição histórica e em sua prática. O questionamento, como lúdica experiência existencial, ao desnudar os dogmatismos, transmuta (no sentido da tarefa de Hermes) as inquietações em produtivas e responsáveis ações.

Com Gadamer, pode-se perceber claramente que não há uma “ciência objetiva positiva” de compreensão do Direito. Há um sujeito que, em sua histórica circunstancialidade, confere um sentido possível às previsões normativas no conjunto das significações jurídicas que insistem em se tornar efetivas para legitimar um discurso que opera em meio a conflitos. Não se trata de deslocar a hermenêutica jurídica para a mera subjetividade, nem tampouco reconhecer como legítima qualquer prática jurídica que vai

povoando o imaginário dos juristas. A crítica no sentido gadameriano torna claro o limite entre a compreensão e as estruturas prévias do saber jurídico.

De qualquer forma, é oportuno lembrar a afirmação de Gadamer: “A possibilidade de o outro ter direito, é a alma da hermenêutica”⁵⁰⁴. O auto-conhecimento e a auto-compreensão do sujeito em sua circunstancialidade – o saber de si reconhecendo-se no outro - é que permite e justifica a existência do Direito.

Parece não haver como encerrar um diálogo com Gadamer, pois há provocações que permanecem insistentemente como inquietações que exigem novas reflexões. É um caminho aberto para um novo espaço de discussão preocupado com a ação do jurista, e esta é uma das certezas que se pode ter em meio a reviravolta que a crítica à consciência histórica traz para o campo jurídico.

Sempre um novo diálogo a partir de um novo horizonte.

⁵⁰⁴ Afirmação de Gadamer durante a jornada sobre problemas básicos de hermenêutica em 09 de julho de 1989 em Heidelberg. Cf: GRONDIN, Jean. op. cit., 1999, p. 263.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
2. ARGÜELLO, Katie. **O Ícaro da Modernidade – Direito e Política em Max Weber**. São Paulo: Acadêmica, 1997.
3. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2ª ed., 1985.
4. _____. **Lógica – de la expresion o interpretacion**, caps. 3 y 4. In: **Obras Completas**. Madrid: Aguilar, 1973.
5. ASSMANN, Jose Selvino. **Historicismo e História - de Dilthey a Mannheim** (uma introdução). Florianópolis: UFSC mimeo.
6. AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do Direito e Contexto Social**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.
7. BERTI, Enrico. **Aristóteles no Século XX**. Tradução de Dion Davi Macedo. São Paulo: Loyola, 1997.
8. BETTI, Emilio. **La Interpretacion de las Leyes y Actos Juridicos**. Tradução de José Luis de los Mozos. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1975.
9. BLEICHER, Josef. **Hermenêutica Contemporânea**. Tradução de Maria Georgina Segurado. Rio de Janeiro: Edições 70, 1992.
10. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Icone, 1993.
11. BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia Grega**. vol. II, Petrópolis: Vozes, 4ª ed., 1991.
12. CASTORIADIS, Cornelius. **A Instituição Imaginária da Sociedade**. Tradução de Guy Reynand, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.
13. COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.
14. CORETH, Emerich. **Questões Fundamentais de Hermenêutica**. São Paulo: EDUSP, 1973.
15. DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia**. Tradução de Antônio José Brandão. Coimbra: Arménio Amado – Editor, 1979.

16. DILTHEY, Wilhelm. **Introducción a las Ciencias del Espíritu**. Versión española de Julián Marías. Madrid: Alianza Editorial, 1980.
17. FARIA, José Eduardo. **A Noção de Paradigma na Ciência do Direito: notas para uma crítica ao idealismo jurídico**. In: **A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança**. FARIA, José Eduardo (org.). Coleção Roberto Lyra Filho, nº 1, Brasília: Editora da UNB, 1988.
18. FERNÁNDEZ-LARGO, Antônio Osuna. **La Hermenéutica Jurídica de Hans-Georg Gadamer**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones Universidad de Valladolid, 1993.
19. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1991.
20. FIKER, Raul. **Vico - o precursor**. Coleção Logos, São Paulo: Moderna, 1994.
21. FOUCAULT, Michel. **Iluminismo e Crítica**. In: *Debate na Société Française de Philosophie*, maio de 1978. Tradução de Selvino José Assmann.
22. GADAMER, Hans-Georg. **O Problema da Consciência Histórica**. Tradução de Paulo Cesar Duque Estrada. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 1998.
23. _____. **Verdade e Método – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meuer. Petrópolis: Vozes, 1999.
24. GESTA LEAL, Rogério. **Hermenêutica e Direito – Considerações sobre a Teoria do Direito e os Operadores Jurídicos**. Santa Cruz do Sul: UDUNISC, 1999.
25. GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999.
26. HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 4ª ed., Petrópolis: Vozes, 1993.
27. HEKMAN, Susan. **Hermenêutica e Sociologia do Conhecimento**. Tradução de Luís Manuel Bernardo. Lisboa: Edições 70, s/d.
28. HELLER, Hermann **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, s/d.
29. HESPANHA, Antônio M. **Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d.(a).
30. _____. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia**. Portugal: Forum da História, 1997.
31. _____. **A História do Direito na História Social**. Lisboa: Livros Horizonte,

s/d.(b).

32. LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência** – Análise de uma “recepção”. Lisboa: Fragmentos, 1990.
33. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d.
34. LÓPEZ CALERA, Nicolás María. **Filosofía del Derecho**. Granada: Comares, 1992.
35. MACDOWELL, João Augusto. **A Gênese da Ontologia Fundamental em Martin Heidegger**. São Paulo: EDUSP, 1970.
36. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 13ª ed., Rio de Janeiro, 1993.
37. MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. Tradução de Ana Pratta. 2ª ed., Lisboa: Editorial Estampa, 1989.
38. PACHECO AMARAL, Maria Nazaré de Camargo. **Período Clássico da Hermenêutica Filosófica na Alemanha**. Universidade de São Paulo: EDUSP, 1994.
39. PAISANA, João. **Fenomenologia e Hermenêutica** – A relação entre as filosofias de Husserl e Heidegger. Lisboa: Editorial Presença, 1992.
40. PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, s/d.
41. PAVIANI, Jayme. **Escrita e Linguagem em Platão**, Porto Alegre: Edipucrs, 1993.
42. PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica e Nova Retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
43. PLATÃO. **Diálogos**. Rio de Janeiro: Ed. Globo, 1945.
44. PUCCI, Bruno (org.). **Teoria Crítica e Educação** – a questão da formação cultural na Escola de Frankfurt. Petrópolis: Vozes, 1995.
45. RICOEUR, Paul. **Interpretação e Ideologia**. 2ª ed., Tradução de Hilton Jupiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1983.
46. SAAVEDRA, Modesto. **Interpretación del Derecho e Ideología** – elementos para una crítica de la hermenéutica jurídica. Granada: Universidad de Granada, 1978.
47. SALDANHA, Nelson. **Estado Moderno e a Separação dos Poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987.
48. SCHNÄDELBACH, Herbert. **La Filosofía de la Historia Después de Hegel**. Versão espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires: Alfa, 1980.
49. STEIN, Ernildo. **Crítica da Ideologia e Racionalidade**. Porto Alegre: Movimento, 1986.

50. _____. **Seis Estudos sobre “Ser e Tempo”**. Petrópolis: Vozes, 1990.
51. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise** – uma exploração hermenêutica da construção do Direito, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
52. WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito** – Interpretação da lei: temas para uma reformulação. vol. I, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1994.
53. WEBER, Max. **Ciência e Política** – Duas Vocações. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octany S. da Mota. São Paulo: Cutrix, s/d.
54. _____. **Economia y Sociedad. Esbozo de Sociología Comprensiva**. Tomo I. México: Fondo de Cultura Económica, 1969.
55. WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d.
56. WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.
57. _____. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1991.
58. _____. **Pluralismo Jurídico** – Fundamentos de uma nova cultura do Direito. São Paulo: Editora Alfa Omega, 1994.